الدرر الفقهية في شرح اللمعة الدمشقية

المجلد الثالث عشر

كتاب
الخُلع الى إحياء المَوات

آية الله الشيخ ماجد الكاظمي

١٣

بسم الله الرحمن الرحيم

الدرر الفقهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه

نویسنده:

ماجد کاظمی

ناشر چاپی:

دار الهدی

ناشر دیجیتالی:

مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان

فهرست

الدرر الفقهيه فی شرح اللمعه الدمشقیه المجلد ۱۳

اشاره

سرشناسه : کاظمی، ماجد، محقق

عنوان و نام پدیدآور : الدرر الفقهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه/ تالیف ماجد الکاظمی. الشارح

مشخصات نشر : قم: دارالهدی، ۱۳۹۴. ۱۴۳۷ ه_ ق

مشخصات ظاهری : ۱۲۴ ص.

۸ - ۴۱۶ - ۴۹۷ - ۹۶۴ - ۹۷۸ (دوره)

وضعیت فهرست نویسی : برون سپاری.

یادداشت : عربی.

یادداشت : کتابنامه به صورت زیرنویس.

۵۸۲ ص, عربی.

الفهرسه طبق نظام فیبا

الموضوع: الشهید الاول, محمد بن مکی، ۷۳۴ - ۷۸۶ ق. اللمعه الدمشقیه - النقد و التفسیر.

الموضوع: الفقه الجعفری القرن ۸ ق.

التعریف الاضافی: الشهید الاول, محمد بن مکی، ۷۳۴ - ۷۸۶ ق. اللمعه الدمشقیه - الشرح.

الایداع فی المکتبه الوطنیه:

BP ۱۸۲ / ۳ / ۹ ش ۹ ل ۸۰۴۲۲۳ ,۱۳۹۴

۳۸۶۷۷۲۱ - ۲۹۷ / ۳۴۲

ص: ۱

اشاره

الدرر الفقهيه فی شرح اللمعه الدمشقیه

کتاب الخلع الی احیاء الموات

الجزء الثالث عشر

آیه الله الشیخ ماجد الکاظمی

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ثم الصلاه والسلام على البشير النذير محمد المصطفى و على اله الطيبين الطاهرين و اللعن على اعدائهم اجمعين

(كتاب الخلع و المباراه)

الخلع

الخلع و هو طلاق بفديه من الزوجه الكارهه لزوجها فهو نوع من الطلاق بالعوض المقصود و يكون لازما من جهه الزوج و يفترق مع الطلاق بأمور تأتى و الخلع بالضم اسم لذلك , قال: فى المبسوط: سمّى اللّه تعالى الخلع فى كتابه «افتداء» فقال «فلا جُناحَ عَلَيْهِما فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ» و اشتقاقه من «خلع يخلع» يقال: «خلع الرّجل زوجته» «و اختلعت المرأه نفسها من زوجها» لأنّ كلّ واحد منهما لباس لصاحبه، قال تعالى {هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَ أَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ}.

و الأصل فى الخلع الكتاب و السنّه، فالكتاب قوله تعالى {وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلَّا أَنْ يَخافا أَلَّا يُقِيما حُدُودَ اللّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلّا يُقِيما حُدُودَ اللّهِ فَلا جُناحَ عَلَيْهِما فِيمَا افْتَدَتْ بِه}(۱) .

۱- البقره: ۲۲۹

و اما ان الخلع نوع من الطلاق و ليس فسخا فهو المشهور خلافا لشيخ الطائفه حيث اختار كونه فسخا لأنه لا ينشأ بلفظ الطلاق بل و لا ينوى به ذلك .

و يرده تصريح الروايات بذلك، كصحيحه الحلبى عن ابى عبد اللّه عليه السّلام: «لا يحل خلعها حتى تقول لزوجها: و اللّه لا ابرّ لك قسما و لا اطيع لك امرا و لا اغتسل لك من جنابه و لأوطئن فراشك و لآذنن عليك بغير اذنك و قد كان الناس يرخصون فيما دون هـذا فاذا قالت المرأه ذلك لزوجها حلّ له ما اخذ منها فكانت عنده على تطليقتين باقيتين و كان الخلع تطليقه ...»(1) و غيرها, و الثمره تظهر فى عدّه من جمله الطلقات الثلاث و عدمه.

و اما انه لا يكون الّا من الزوجه الكارهه لزوجها فلدلاله النصوص الاتيه على ذلك.

صيغه الخلع

(و صيغه الخلع أن يقول الزوج: خلعتک على كذا أو أنت مختلعه على كذا)

و الاصل فى مثل هذه الصيغه المفيد فقال «فيقول لها: إن أردت أن أفارقک فادفعى إلى ألف دينار أو ما شاء حتّى أخلّى سبيلک فإذا أجابته إلى ملتمسه

۱- الكافى ۶: ۱۳۹ الباب الخلع الحديث ۱

قال لها: «قد خلعتک علی کذا و کذا درهما أو دینارا أو کیت و کیت فإن رجعت فی شی ء من ذلک فأنا أملک ببضعک» فإذا قال لها ذلک بمحضر رجلین مسلمین عدلین و هی طاهر من الحیض طهرا لم یقربها فیه بجماع فقد بانت منه و لیس له علیها رجعه»(۱).

والدلیل علی صحه هاتین الصیغتین هو انه لم ترد صیغه خاصه فی النصوص لانشاء الخلع و علیه فاللازم الحکم بالاکتفاء بکل صیغه داله علی إنشاء الخلع تمسکا بالاطلاق المقامی.

وتوهم ان النصوص ظاهره فی صیغه خاصه للخلع و هی ان تقول لزوجها: «لا أبرّ لک قسما و لا أطیع لک أمرا و لا أغتسل لک من جنابه و لأوطئنّ فراشک و لآذننّ علیک بغیر إذنک» فاذا قالت ذلک تم الخلع و استظهر المتوهم هذه الصیغه من صحیح الحلبی عن الصّادق علیه السّلام: «لا تحلّ خلعها حتّی تقول لزوجها: «لا أبرّ لک قسما و لا أطیع لک أمرا و لا أغتسل لک من جنابه و لأوطئنّ فراشک و لآذننّ علیک بغیر إذنک» و قد کان النّاس یرخّصون فی ما دون هذا، فإذا قالت المرأه ذلک لزوجها حلّ له أن یأخذ منها فکانت عنده علی تطلیقتین باقیتین و کان الخلع تطلیقه. و قال: یکون الکلام من عندها، و قال: لو کان الأمر إلینا لم نجز طلاقا إلّا للعدّه»(۲).

۱- المقنعه (للشیخ المفید)؛ ص۵۲۸؛ ۲۱ باب الخلع و المباراه.

۲- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص ۱۳۹ح ۱

و موثق سماعه: سألته عن المختلعه، فقال: لا يحلّ لزوجها أن يخلعها حتّى تقول: «لا أبرّ لك قسما، و لا أقيم حدود اللّه فيك، و لا أغتسل لك من جنابه، و لأوطئنّ فراشك، و لأدخلنّ بيتك من تكره» من غير أن تعلّم هذا و لا يتكلّمونهم و تكون هى الّتى تقول ذلك، فإذا هى اختلعت فهى بائن و له أن يأخذ من مالها ما قدر عليه و ليس له: أن يأخذ من المباراه كلّ الذى أعطاها»(۱).

و صحيح محمّد بن مسلم، عن الصّادق (عليه السلام) قال: «المختلعه الّتى تقول لزوجها: اخلعنى و أنا أعطيك ما أخذت منك، فقال: لا يحلّ أن يأخذ منها شيئا حتّى تقول: «و اللّه لا أبرّ لك قسما، و لا أطيع لك أمرا، و لآذننّ فى بيتك بغير إذنك، و لأوطئنّ فراشك غيرك» فإذا فعلت ذلك من غير أن يعلّمها حلّ له ما أخذ منها و كانت تطليقه- الخبر»(۲).

و صحيح محمّد بن مسلم، عن الباقر عليه السّلام: «إذا قالت لزوجها جمله: «لا أطيع لك أمرا- مفسّرا أو غير مفسّر- حلّ له ما أخذ منها و ليس له عليها رجعه» فإنّه يدلّ على أنّ فى جمله «لا أطيع لك أمرا»(۳), وقال: المفهوم منها أن صيغه الخلع هى تلك الأقوال(۴).

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۴۰ح۲
۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۴۰ح۳
۳- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۴۱ح۶
۴- النجعه ج۹ ص۳۶۲

و فیه: ان هـذه النصوص نـاظره الی شـرائط الخلع لاـ الی صـیغته کمـا هو ظهورهـا بل صـریح قوله (ع) «فقال: لا یحلّ لزوجها أن یخلعها حتّی تقول: «لا أبرّ لک قسما...» فصریح العباره ان الخلع بید الزوج بعد ما تقول له الزوجه کذا وکذا.

و بذلک یتبین ان الخلع لا یتحقق الّا اذا هددت الزوجه زوجها بمثل هذا الکلام کما سیأتی البحث عنه.

(ثم یتبعه بالطلاق) علی الفور (فی القول الأقوی)

کما اختاره الشـیخ واسـتدل له بروایه موسی بن بکر عن العبد الصالح: «قال علی علیه السّلام: المختلعه یتبعها الطلاق ما دامت فی العده»(۱).

و فیه: انها لو تمت سندا و لم یناقش من ناحیه موسی بن بکر هی ضعیفه دلاله لإجمال المقصود منها.

و ما ذکره الشیخ لو استفید منها یلزم الحکم بجواز تأخیر الطلاق عن الخلع حتی بفتره طویله ما دامت العده باقیه. و هو بعید

هـذا و یظهر من بعض الروایـات ان الخلاـف فی اعتبار تعقیب الخلع بالطلاق کان ثابتا فی عصـر الأئمه علیهم السّـلام، و لـذلک تکرر السؤال عن ذلک فلاحظ خبر جعفر بن سـماعه: أنّ جمیلا شـهد بعض أصحابنا و قد أراد أن یخلع ابنته من بعض أصحابنا، فقال جمیل للرّجل: ما تقول رضیت بهذا

۱- وسائل الشیعه ۱۵: ۴۹۰ الباب ۳ من کتاب الخلع و المباراه الحدیث ۱

الـذی أخـذت و ترکتها؟ قال: نعم، فقال لهم جمیل: قوموا، فقالوا: یا أبا علیّ لیس ترید تتبعها الطّلاق؟ قال: لا، قال: و کان جعفر بن سـماعه یقول: یتبعهـا الطّلاـق فی العـدّه و یحتـج بروایه موسـی بن بکر «عن العبـد الصالـح (علیه السـلام) قال: قال علیّ (علیه السلام) المختلعه یتبعها الطّلاق ما دامت فی العدّه»(1).

و صـحیحه محمـد بن اسـماعیل بن بزیع: «سـألت ابـا الحسن الرضـا (علیه السـلام) عن المرأه تباری زوجها أو تختلع منه بشـهاده شاهدین علی طهر من غیر جماع هل تبین منه بذلک أو تکون امرأته ما لم یتبعها بطلاق؟ فقال: تبین منه و ان شاءت ان یرد الیها مـا أخـذ منهـا و تکون امرأته فعلت. فقلت: فـانه روی لنـا انه لاـ تبین منه حتی یتبعها بطلاق قال: لیس ذلک اذاً خلع. فقلت: تبین منه؟ قال: نعم»(2) و غیرها.

و بالجمله: لا دلیل علی اعتبار تعقیب الخلع بالطلاق لعدم الدلیل, فیتمسک بالاطلاق اللفظی ان کان و الّا فبالاطلاق المقامی, بل و للدلیل علی العدم، کصحیحه ابن بزیع و غیرها و لا یدلّ علی الاحتیاج إلّا خبر موسی بن بکر المتقدّم و هو واحد .

و اسـتدل الشـیخ علی مختاره مضافا لخبر موسـی بن بکر بکلام لا بأس بنقله و رده مختصرا فقال: «الذی أعتمده فی هذا الباب و أفتی به أنّ المختلعه لاـ بـدّ فیهـا من أن تتبع بالطلاـق و هو مـذهب جعفر بن سـماعه و الحسن بن سـماعه و علیّ بن ربـاط و ابن حذیفه من المتقدّمین. و مذهب علیّ بن

1- الکافی (فی باب خلعه، 62 من طلاقه، فی خبره 9)

2- وسائل الشیعه 15: 492 الباب 3 من کتاب الخلع و المباراه الحدیث 9

الحسين من المتأخرين، فأمّا الباقون من فقهاء أصحابنا المتقدّمين فلست أعرف لهم فتيا فی العمل به و لم ينقل منهم أكثر من الرّوايات الّتی ذكرناها و أمثالها، و يجوز أن يكونوا رووها على الوجه الذی نذكر فی ما بعد و إن كان فتياهم و عملهم على ما قلناه»(١).

و فيه: ان جعفر بن سماعه و الحسن بن سماعه و موسی بن بكر من الواقفه فهم اذن ليسوا من اصحابنا و ابن حذيفه هو الحسن بن حذيفه و قد ضعّفه ابن الغضائرىّ جدّا(٢)، و اما ابن حذيفه فلم نقف عليه , نعم علىّ بن رباط غير مطعون فيه.

و اما قوله «و لم ينقل منهم أكثر من الرّوايات الّتی ذكرناها و أمثالها» ففيه: انها تبلغ اثنی عشر خبرا أو أكثر وهی بين صريح و ظاهر فی عدم الاحتياج إلى اتباع طلاق. مع أنّ جميل بن درّاج أفتی بعدم الاحتياج(٣) و هو إمامیّ جليل من أصحاب الإجماع ونقل الشيخ نفسه عن زراره وهو من اصحاب الاجماع انه قال: لا يكون الخلع إلّا على مثل موضع الطّلاق إمّا طاهرا و إمّا حاملا بشهود» و ظاهر المرتضی كون إجماعنا على كون الخلع بنفسه طلاقا(۴).

١- تهذيب الأحكام ج ٨ ص ٩٧

٢- رجال ابن الغضائری رقم ۴٣

٣- الكافی ۶٢ح٩ باب ۶٢ من طلاقه

۴- الناصريّات المسئله ١۶۵

ثمّ إن كان علیّ بن بابویه من المتأخّرین وافق ابنی سماعه و ابن رباط و ابن حذیفه فقد خالفهم منهم الإسکافیّ و المرتضی کما قال فی «المختلف» و قال: و هو الظاهر من کلام العمانیّ و الصّدوق و المفید و الدّیلمیّ، قلت: و هو ظاهر الکافی و الفقیه ایضا.

ثمّ قال: «و استدلّ من ذهب من أصحابنا المتقدّمین علی صحّه ما ذهبنا إلیه بقول أبی عبد اللّه علیه السّلام: «لو کان الأمر إلینا لم نجز إلّا طلاق السّنّه».

و فیه: ان الخلع نوع من الطلاق وقسیم الطلاق بالمعنی الخاص وهو من السنه بالمعنی الاعم. ولیس ما قالوا فی خبر وإنّما فی صحیح الحلبیّ، عن الصّادق (علیه السلام) «لو کان الأمر إلینا لم نجز طلاقا إلّا للعدّه»(1)، و خبر أبی بصیر «ثمّ قال: لو کان الأمر إلینا لم یکن الطّلاق إلّا للعدّه»(2) والمراد به أنّ الخلع الذی هو قسم من الطّلاق أیضا کالطّلاق المتعارف یشترط فیه کونه للعدّه کما قال تعالی {فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ} إشاره إلی أنّ العامّه لم یشترطوا فی الخلع «طهر غیر المواقعه» لا ان صیغه الخلع تحتاج إلی لفظ الطّلاق.

ثم قال: و استدلّ الحسن بن سماعه و غیره بأن قالوا: قد تقرّر أنّه لا یقع الطلاق بشرط، و الخلع من شرطه أن یقول الرّجل: «إن رجعت فی ما بذلت فأنا أملک ببضعک» و هذا شرط فینبغی أن لا یقع به فرقه.

۱- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص ۱۳۹ح۱
۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۴۱ح۵

و فیه: انه اجتهاد قبال النص والخلع حکم حکم به الشّارع نظیر حکمه فی المطلّق بأنّ له حقّ الرّجوع إلی انقضاء عدّتها، فلو قال المطلّق: أنت طالق و إن أردت قبل انقضاء العدّه الرّجوع إلیک فعلت» فهل یکون الطّلاق باطلا.

قال الشیخ ایضا: و استدلّ أیضا ابن سماعه بما رواه الحسن بن أیّوب عن ابن بکیر، عن عبید بن زراره، عن أبی عبد اللّه (علیه السلام) قال: ما سمعت منّی یشبه قول النّاس، فیه التّقیّه، و ما سمعت منّی لا یشبه قول النّاس فلا تقیّه فیه».

و فیه: انه دلیل علیه لا له فان خبر موسی هو الذی یحتمل ان یکون للتقیّه فقال الشیخ فی الخلاف: «المختلعه لا یلحقها الطّلاق- إلی- و ذهب الزّهریّ و النّخعیّ و الثوری و أبو حنیفه و أصحابه إلی أن یلحقها طلاقه قبل انقضاء العدّه و لا یلحقها بعد انقضاء العدّه»(۱).

و قال المرتضی فی النّاصریّات بعد قول جده «و المختلعه لا یلحقها الطّلاق»: «هذا صحیح و إلیه یذهب أصحابنا و هو مذهب الشافعیّ- إلی- دلیلنا علی صحّه ما ذهبنا إلیه بعد الإجماع المتردّد أنّ الطّلاق لا یقع عندنا عقیب الطّلاق إلّا بعد رجعه...»(۲).

۱- الخلاف؛ ج ۴، ص۴۲۹؛ مسأله ۱۰: المختلعه لا یلحقها الطلاق .

۲- النّاصریّات المسأله ۱۶۶

حکم ما لو أتى بالطّلاق مع العوض

(و لو أتى بالطّلاق مع العوض أغنى عن لفظ الخلع)

يعنى ان ذكر الطلاق مع العوض خلع مطلقا عند المصنف و لكنه محل اشكال و ذلك لان المفهوم من الأخبار كون مثله من المباراه لا من الخلع الذى يحتاج فيه إلى أن تقول المرأه: لا أطيع لك أمرا و ذلك لما تقدم ان الخلع لا يتحقق الّا اذا هددت الزوجه زوجها بمثل هذا الكلام , و اما ان ذكر الطلاق مع العوض من المباراه فلصحيح محمّد بن مسلم قال: «سألت أبا عبد اللّه (عليه السلام) عن امرأه قالت لزوجها: «لك كذا و كذا و خلّ سبيلى» فقال: هذه المباراه»(۱).

و صحيح أبى بصير، عنه عليه السّلام: المباراه تقول المرأه لزوجها: لك ما عليك و اتركنى أو تجعل له من قبلها شيئا فيتركها-الخبر»(۲).

حصيله البحث:

الخلع طلاق بفديه من الزوجه الكارهه لزوجها فهو نوع من الطلاق بالعوض المقصود و يكون لازما من جهه الزوج و يفترق مع الطلاق ان الخلع لا يتحقق الّا اذا هددت الزوجه زوجها بمثل هذا الكلام: «و اللّه لا أبرّ لك قسما، و لا أطيع لك أمرا، و لآذننّ فى بيتك بغير إذنك، و لأوطئنّ فراشك

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۴۲ح۴

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۴۳ح۵

غيرك», و صيغه الخلع أن يقول: خلعتك على كذا أو أنت مختلعهٌ على كذا، و يكتفى بكل صيغه داله على إنشاء الخلع و لا يتبعه بالطّلاق و لو أتى بالطّلاق مع العوض من دون تهديد منها لم يكن خلعا بل كان مباراه .

و كل ما يصحّ أن يكون مهرا صحّ أن يكون فديه

(و كل ما يصحّ أن يكون مهرا صحّ أن يكون فديه و لا تقدير فيه فيجوز على أزيد مما وصل إليها منه)

كما فى موثق سماعه «قال: قلت لأبى عبد اللَّه (عليه السلام) لا يجوز للرَّجل أن يَأخُذ من المختلعه حتَّى تتكلَّم بهذا الكلام كلّه فقال إذا قالت لا أطيع اللَّه فيك حلَّ لهُ أن يأخذ منها ما وجد»(۱) و غيره , و لا خلاف فيه عندنا بل عند العامّه فنقل الخلاف أنّ الزّهرىّ و أحمد و إسحاق قالوا بعدم جوازه بأكثر من المهر.

و يصح بذل الفديه منها و من وكيلها

(و يصح بذل الفديه منها و من وكيلها) الباذل له من مالها لعمومات الوكاله (و ممّن يضمنه) فى ذمته (بإذنها)

ص:۱۳

۱- وسائل الشيعه، ج ۲۲، ص: ۲۸۹باب ۵ح ۶

و الفرق بينه و بين الوكيل أن الوكيل يبـذل من مالها بإذنها و هـذا من ماله بإذنها و قـد يشـكل هذا بأنه ضـمان ما لم يجب و قد تقدم جوابه فى كتاب البيع.

(و فى صحّته من المتبرع) بالبذل من ماله (قولان أقربهما المنع)

و فى المبسوط «و إن اختلعها أجنبيّ من زوجها بعوض بغير إذنها فعند الأكثر يصحّ، و قال شاذّ منهم: لا يصحّ و هو الأقوى»(1) و استدلّ الخلاف له «بقوله تعالى {فَلٰا جُنٰاحَ عَلَيْهِمٰا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ} قال: فأضاف الفـداء إليها، ففداء غيرها لا يجوز»(2) و توضيح ذلـك أن الخلع من عقود المعاوضـات فلاـ يجوز لزوم العوض لغير صـاحب المعوض كـالبيع و بـذل الوكيـل و الضـامن بـإذنها كبـذلها فيبقى المتبرع على أصل المنع و لأصاله بقاء النكاح إلى أن يثبت المزيل و حينئذ فلا يملك الزوج البذل و لا يقع الخلع, و وجه الصحه أنه افتداء و هو جائز من الأجنبى كما تقع الجعاله منه على الفعل لغيره و إن كان طلاقا.

و فيه: ان مجرد توافـق الاـجنبى مع الزوج على طلاقهـا مع العوض لاـ دليـل على كونه خلعـا تتبعه احكـامه بحيث لاـ يجوز للزوج الرجوع الى الزوجه بلاـ رضـا منهـا بل و لا دليل على مشروعيته مع الاجنبى بحيث يكون نافـذا على الزوج بمجرد تعاقـدهما و لا يجوز له الرجوع بعد الطلاق عدا ايه الوفاء بالعقود و هى على فرض صحه التمسك بها - و لم يكن ذلك من مصاديق

١- المبسوط فى فقه الإماميه؛ ج ۴، ص: ۳۶۵
٢- الخلاف؛ ج ۴، ص: ۴۴۱؛ مسأله ۲۶

الاکـل للمـال بالباطـل- لا علاقه لها بالخلع و الطلاق و ذلک لانهما من الاحکام التوقیفیه لا الحقوق حتی تقبل المعاقـده خارجا عن النصوص فالاقوی عدم صحته .

حکم ما لو تلف العوض قبل القبض

(و لو تلف العوض قبل القبض)

لا ریب فی صـحّه الخلع فی التّلف لعدم الدلیل علی بطلانه بل عموم ادله الخلع تشـمله و علیه فیجب علیها الوفاء بما اشـتمل علیه الخلع (فعلیها ضمانه) ای العوض فهی ضامنه له فان کان کلیا ضمنت بدل التالف وان کان معینا ضمنت المثلی (مثلا أو قیمه) اذا کان قیمیا عند المصنف و جماعه لکن تقدم فی کتاب البیع ضمانه بالقیمه مطلقا

(و کذا لو ظهر استحقاقه لغیرها)

فعلیها ضمانه و لا یبطل الخلع عند المصنف لأصاله الصحه.

و فیه: ان العوض مع اسـتحقاق الغیر له لا یشـمله عموم وجوب الوفاء بالعقود فلا مقتضی للصحه فتجری اصاله الفساد بمعنی عدم النفوذ لا الصـحه, و بذلک صـرح الشیخ فی الخلاف فقال: « إذا وقع الخلع علی بذل فاسد مثل: الخمر و الخنزیر و ما أشبه ذلک مما لا یصح تملکه لم یصح خلعه»(۱).

۱- الخلاف؛ ج ۴، ص: ۴۲۷؛ مسأله ۷

(و يصح البذل من الأمه بإذن المولى) لعموم دليل الخلع (فان عين قدرا) تعين فإن زادت عنه شيئا من ماله وقف على إجازته فإن رد بطل فيه و فى صحه الخلع و انه تتبع به بعد العتق أو بطلانه الوجهان المتقدمان و قد تقدم ان الاقوى هو البطلان.

(و إلّا) يعين قدرا (انصرف) إطلاق الإذن (إلى) بذل (مهر المثل) كما ينصرف الإذن فى البيع إلى ثمن المثل نظرا إلى أنه هو المفهوم عرفا فيحمل الإطلاق عليه.

(و لو لم يأذن لها) فى البذل مطلقا صح الخلع فى ذمّتها دون كسبها و (تبعت به بعد العتق)

تبعا للشيخ فى المبسوط حيث قال: «إذا اختلعت الأمه نفسها بعوض فإن كان بإذن سيّدها صحّ فإن قبلت بمهر مثلها أو أقلّ فإن كانت مأذونا لها فى التجاره أعطت ممّا فى يدها و إلّا أعطت من كسبها و إن لم يكن لها كسب ثبت فى ذمّتها، و إن كان زائدا على مهر مثلها كان فاسدا، و يقوى عندى أنّه يكون صحيحا غير أنّه يتعلّق بذمّتها»(۱) .

قلت: كما لو عاملها بإقراض و غيره و لا إشكال فيه و إن علم بالحال لأن العوض صحيح متعلق بذمتها .

حصيله البحث:

ص:۱۶

۱- المبسوط فى فقه الإماميه؛ ج ۴، ص: ۳۶۶

و کلّ ما صحّ أن یکون مهراً صحّ أن یکون فدیهً، و لا تقدیر فیه فیجوز علی أزید ممّا وصل إلیها منه و یصحّ بذل الفدیه منها و من وکیلها و ممّن یضمنه بإذنها. و فی المتبرّع قولان أقربهما المنع، و لو تلف العوض قبل القبض فعلیها ضمانه قیمهً و لو ظهر استحقاقه بطل، و یصحّ البذل من الأمه بإذن المولی فإن عیّن قدراً و إلّا انصرف إلی مهر المثل، و لو لم یأذن صح الخلع فی ذمّتها دون کسبها و تبعت به بعد العتق .

و المکاتبه المشروطه کالقنّ

(و المکاتبه المشروطه کالقنّ)

فیتعلق البذل بما فی یدها مع الإذن و بذمتها مع عدمه إن کان مطلقا و إن کان معینا و لم یجز المولی بطل و فی صحه الخلع الوجهان المتقدمان.

(و أما) المکاتبه (المطلقه فلا اعتراض علیها) للمولی مطلقا.

والأصل فی هذا الفرع أنّ المبسوط بعد النقل عن العامّه قولین فی صحّه خلع المکاتبه نفسها و عدمها إذا کان بغیر إذن مولاها، قال: «و الذی یقتضیه مذهبنا أن نقول: إن کان مشروطا علیها فهی کالأمه القنّ سواء، و إن لم یکن مشروطا علیها کان الخلع صحیحا»(۱).

ص:۱۷

۱- المبسوط فی فقه الإمامیه؛ ج ۴، ص: ۳۶۷

قلت: ووجهه أنّ المطلقه إذا تحرّر بعضها يمكنها الاكتساب فی یومها و أداء مال الخلع.

و لا يصحّ الخلع الّا مع كراهتها له

(و لا یصحّ الخلع الّا مع کراهتها) له (فلو طلقها) و الأخلاق ملتئمه (و لم تکره بطل البذل)

و الاقوی بطلان الخلع لعدم الموضوع له و بطلان الطلاق لعدم القصد له مستقلا.

(و) عند المصنف (وقع الطلاق رجعیا) من حیث البذل و قد یکون بائنا من جهه أخری ککونها غیر مدخول بها أو کون الطلقه ثالثه, و قد عرفت ضعفه, و الأصل فیه أنّ الشیخ قال فی الخلاف: «إذا کانت الحال بین الزّوجین عامره و الأخلاق ملتئمه و اتّفقا علی الخلع فبذلت له شیئا حتّی یطلّقها لم یحلّ ذلک، و به قال عطاء و الزّهریّ و النّخعیّ و داود و أهل الظّاهر، و قال أبو حنیفه و الشّافعیّ و مالک و الأوزاعیّ و الثّوریّ: إنّ ذلک مباح، دلیلنا إجماع الفرقه علی أنّه لا یجوز خلعها إلّا بعد أن یسمع منها ما لا یحلّ ذکره من قولها: «لا أغتسل لک من جنابه، و لا أقیم لک حدّا و لأوطئنّ فراشک من تکرهه» أو یعلم ذلک منها و هذا مفقود ههنا فیجب أن لا یجوز الخلع، و أیضا قوله تعالی {وَ لَا یَحِلُّ لَکُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَیْتُمُوهُنَّ شَیْئاً إِلَّا

أَنْ يَخٰافٰا أَلّٰا يُقِيمٰا حُدُودَ اللّٰه} فإنّه حرّم الأخذ منها إلّا عند الخوف من أن لا يقيما حدود اللّه، و قال تعالى {فَإِنْ خِفْتُمْ أَلّٰا يُقِيمٰا حُدُودَ اللّٰهِ فَلٰا جُنٰاحَ عَلَيْهِمٰا فِيمَا افْتَدَت بِه} فدلّ ذلك على أنّه متى ارتفع الخوف وقع الجناح»(١).

قلت: الامر كما قال الشيخ و ذلك لانه لا موضوع للخلع مع التيام الأخلاق، و التحقيق أنّ مثله داخل فى المبارأه حكما فيمكن أن تكون الأخلاق ملتئمه بأن تكون المرأه مطيعه للزّوج بحكم الشّريعه و تكون كارهه له من حيث الطبيعه، فتبذل له شيئا حتّى يطلّقها، و يدلّ على إلحاقه بالمبارأه و إن كان الأصل فى المبارأه كراهه كلّ منهما صاحبه صحيح محمّد بن مسلم: «سألت أبا عبد اللّه (عليه السلام) عن امرأه قالت لزوجها: لك كذا و كذا و خلّ سبيلى، فقال: هذه المبارأه»(٢) و غيره(٣).

و لو أكرهها على الفديه فعل حراما

(و لو أكرهها على الفديه فعل حراما) للإكراه بغير حق (و لم يملكها بالبذل) قال تعالى {وَ لٰا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمّٰا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلّٰا أَنْ يَخٰافٰا أَلّٰا يُقِيمٰا حُدُودَ اللّٰهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلّٰا يُقِيمٰا حُدُودَ اللّٰهِ فَلٰا جُنٰاحَ عَلَيْهِمٰا فِيمَا افْتَدَتْ بِه} فاستثنى خوف عدم إقامتهما حدوده تعالى فيبقى ما ذكر فى المستثنى منه , و لبطلان تصرف المكره ايضا.

ص:١٩

١- الخلاف أوّل الخلع .

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ١۴٢ح۴

٣- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶-، ص: ١۴٢ح۶

(و طلاقها رجعی) عند المصنف من هذه الجهه لبطلان الفدیه فلا ینافی کونه بائنا من جهه أخری إن اتفقت.

و فیه: ان الطلاق قسیم للخلع و لیس بمقصود حتی نقول بوقوعه فالاقوی البطلان کما تقدم.

(نعم لو أتت بفاحشه مبینه)

کما قال تعالی {یا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا لا یَحِلُّ لَکُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّساءَ کَرْهاً وَ لا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ ما آتَیْتُمُوهُنَّ إِلّا أَنْ یَأْتِینَ بِفاحِشَهٍ مُبَیِّنَه}(۱) و فسرها الشیخ فی المبسوط بالزنا، کما هو ظاهر الآیه و یدل علیه مرفوع الفقیه عن الصّادق (علیه السلام) انه قال: «إلّا أن تزنی فتخرج و یقام علیها الحدّ»(۲) الوارد فی تفسیر قوله تعالی {لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُیُوتِهِنَّ وَ لا یَخْرُجْنَ إِلّا أَنْ یَأْتِینَ بِفاحِشَهٍ مُبَیِّنَه} حول المطلقه و به قال المفید و القاضی و الشیخ فی نهایته بالنسبه الی المطلقه , قلت: و لا نحتمل الفرق بین الامرین.

و فسرها الطبرسی بکلّ معصیه و لا شاهد له بالخصوص نعم ورد فی تفسیر الفاحشه بالنسبه الی المطلقه ان المراد منها ان تؤذی أهله بالقول أو الفعل کما فی مرسله إبراهیم بن هاشم، عن بعض أصحابه، عن الرّضا (علیه السلام) «فی

۱- النساء ایه ۱۹

۲- من لا یحضره الفقیه ج ۳ ص ۴۹۹

قوله عزّ و جلّ «لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَ لَا يَخْرُجْنَ إِلّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَهٍ مُبَيِّنَهٍ» قال: أذاها لأهل الرّجل و سوء خلقها»(١).

و خبر محمّد بن عليّ بن جعفر قال: «سأل المأمون الرّضا (عليه السلام) عن قول اللّه عزّ و جلّ «لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَ لَا يَخْرُجْنَ إِلّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَهٍ مُبَيِّنَهٍ» قال: يعنى بالفاحشه المبيّنه أن تؤذى أهل زوجها فإذا فعلت فإن شاء أن يخرجها من قبل أن تنقضى عدّتها فعل»(٢) و هما و ان كانتا ضعيفتين سندا الّا ان المشهور عمل بهما كما وانه لا فرق بين المقامين بل صرح عليّ بن إبراهيم القمّيّ فى تفسير آيه العضل أنّ الفاحشه: قول المرأه للزّوج «لا أطيع لك أمرا» فقال: لا يحلّ للرّجل إذا نكح امرأه لم يردها و كرهها أن لا يطلّقها إذا لم يجبر عليها و يعضلها أى يحبسها و يقول لها: حتّى تؤدين ما أخذت منى، فنهى اللّه عن ذلك إلّا أن يأتين بفاحشه مبيّنه- و هو ما وصفناه فى الخلع- فإن قالت ما تقول المختلعه يجوز له أن يأخذ منها ما أعطاها و فضلا»

قلت: و عليه فالقاعده تقتضى الجمع بين المعنيين و حاصله تحقق الفاحشه بكل معصيه وهو الاقوى.

و (جاز عضلها) و هو منعها بعض حقوقها أو جميعها من غير أن يفارقها (لتفدى نفسها) لقوله تعالى {يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهاً وَ لَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَهٍ

١- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۶ ص ٩٧

٢- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۶ ص ٩٧

مُبَيِّنَه}(۱) و الاستثناء من النهی إباحه و لأنها إذا زنت لم یؤمن أن تلحق به ولدا من غیره و تفسد فراشه فلا تقیم حدود الله تعالی فی حقه فتدخل فی قوله تعالی {فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا یُقِیمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَیْهِمَا فِیمَا افْتَدَتْ بِه}.

و قیل: لا یصح ذلک و لا یستبیح المبذول مع العضل لأنه فی معنی الإکراه.

و فیه: انه اجتهاد قبال النص الدال علی الجواز . و قیل إن الآیه الأولی منسوخه بآیه الحد. و فیه: انه لا منافاه بینهما حتی یکون احدهما ناسخا للاخر.

هذا و قال الشهید الثانی: «وهل یتقیّد جواز العضل ببذل ما وصل إلیها من مهر و غیره فلا یجوز الزّیاده علیه أم لا یتقیّد إلّا برضاه؟ اختار المصنّف الأوّل حذرا من الضرر العظیم و استنادا إلی قول النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله لجمیله بنت عبد اللّه بن أبیّ لمّا کرهت زوجها ثابت بن قیس، و قال لها: أ تردّین علیه حدیقته قالت: و أزیده «لا حدیقته فقط». و وجه الثانی إطلاق الاستثناء الشّامل للزائد، و عدّ الأصحاب مثل هذا خلعا و هو غیر مقیّد، و فیه نظر لأنّ المستثنی منه إذهاب بعض ما أعطاها فالمستثنی هو ذلک البعض فیبقی المساوی و الزائد علی أصل المنع، فإن خرج المساوی بدلیل آخر بقی الزائد»(۲).

۱- النساء ایه ۱۹

۲- الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه (المحشی - سلطان العلماء)؛ ج ۲، ص: ۱۶۶

قلت: اما الخبر فعامی و لا عبره به و أمّا تنظّر الشّهید الثانی فی الاستثناء.

ففیه: أنّ المستثنی منه فی مقام بیان أنّه لا یجوز إجبارها علی جزء من مالها فلو عبّر فیه بما أعطاها أو أکثر لأوهم جواز أخذ الأقلّ، و أمّا المستثنی فلیس کذلک، و یشهد لذلک أنّه لولا ذلک لما کان أخذ المثل أیضا جائزا و لا ریب فی جوازه و علیه فالاقوی هو الثانی.

حصیله البحث:

و المکاتبه المشروطه کالقنّ و أمّا المطلقه فلا اعتراض علیها، و لا یصحّ الخلع إلّا مع کراهیتها و لو طلّقها و لم تکره بطل فالاقوی بطلان الخلع و الطلاق، و لا یجوز له أکراهها علی الفدیه و لا یملکها بالبذل و الاقوی ایضا بطلان الخلع و الطلاق , نعم لو أتت بفاحشهٍ مبیّنهٍ جاز عضلها و هو منعها بعض حقوقها أو جمیعها من غیر أن یفارقها لتفدی نفسها و الاقوی تحقق الفاحشه بکل معصیه .

و إذا تم الخلع فلا رجعه للزوج

(و إذا تم الخلع فلا رجعه للزوج)

کما تدل علیه صحیحه محمد بن مسلم عن ابی عبد اللّه علیه السّلام: «الخلع و المباراه تطلیقه بائن و هو خاطب من الخطاب»(1) و صحیح الحلبی، عن

۱- وسائل الشیعه ۱۵: ۴۱۷ الباب ۸ من أبواب العدد الحدیث ۱

الصّادق (علیه السلام) «فی رجل طلّق امرأته أو اختلعت أو بانت أله أن یتزوّج بأختها؟ قال: فقال: إذا برئت عصمتها و لم یکن له علیها رجعه فله أن یخطب أختها- الخبر»(۱) و غیرهما(۲).

(و للزوجه الرجوع فی البذل ما دامت فی العده)

کما تدل علیه صحیحه البقباق عن ابی عبد اللّه علیه السّلام: «المختلعه ان رجعت فی شی ء من الصلح یقول لارجعن فی بضعک»(۳), و صحیح عبد الله بن سنان «...لا علی المُبارئه إلّا أن یبدو للمرأه فیردُّ علیها ما أخذ منها»(۴).

(فإذا رجعت رجع هو ان شاء) کما فی النصوص المتقدمه انفا.

و لو تنازعا فی القدر حلفت

(و لو تنازعا فی القدر)

أی فی قدر الفدیه (حلفت) لأصاله عدم زیادتها عما تعترف به منها (و کذا) یقدم قولها مع الیمین (لو تنازعا فی الجنس)

ص:۲۴

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۳۲ح۷
۲- الإستبصار فیما اختلف من الأخبار ج ۳ ص ۳۱۷ باب الخلع ۱۸۳
۳- وسائل الشیعه ۱۵: ۴۹۹ الباب ۷ من أبواب الخلع و المباراه الحدیث ۳
۴- وسائل الشیعه ۱۵: ۴۹۹ الباب ۷ من أبواب الخلع و المباراه الحدیث ۴

مع اتفاقهما على القدر بأن اتفقا على أنها مائه لكن ادعى أنها دنانير و ادعت أنها دراهم, كما قال الشيخ فى الخلاف: «إذا اختلف المتخلعان فى جنس العوض أو قدره أو تأجيله و تعجيله كان القول قول المرأه فى قدر الذى وقع عليه الخلع و على الزّوج البيّنه، و قال الشّافعىّ يتحالفان. دليلنا هو أنّهما اتّفقا على وقوع الفرقه و إنّما اختلفا فى ما لزمها فالزّوج يدعى زياده تجحدها المرأه فصار الزّوج مدّعيا و هى منكره فعليه البيّنه و عليها اليمين»(۱).

و فيه: انه لو كان الزّوج يدعى زياده تجحدها المرأه صار الزّوج مدّعيا و هى منكره لكن الامر ليس كذلك و ذلك لان الزوجه تدعى وقوع الخلع على هذا الجنس و الاصل عدمه فكانت هى مدعيه ايضا.

و استدل لذلك ايضا بأصاله عدم استحقاق ما يدعيه و لأنه مدع فعليه البينه فتحلف يمينا جامعه بين نفى ما يدعيه و إثبات ما تدعيه .

و فيه: انها مدعيه ايضا و يمينها لا تكفى فى اثبات ما تدعيه بل هى لرد دعواه فقط و عليه فالاقوى تحالفهما لأن كلا منهما منكر لما يدعيه صاحبه و حينئذ فيسقط ما يداعياه وحينئذ يثبت الاقل مما يدعيانه لانه المتيقن وما زاد عليه سقط بتحالفهما .

(أو) اختلفا فى (الإراده) مع اتفاقهما على ذكر القدر و عدم ذكر الجنس لفظا فالقول قولها عند المصنف , و فيه: ان الاقوى بطلان الخلع لعدم معلوميه العوض .

۱- الخلاف (فى مسألته ۲۷ من خلعه)

و لو كان اختلافهما فى أصل الإراده مع اتفاقهما على عـدم ذكر الجنس فقال أحدهما أردنا جنسا معينا و قال الآخر إنا لم نرد بل أطلقنا رجع النزاع إلى دعوى الصحه و الفساد و مقتضى القاعده تقديم مدعى الصحه منهما مع يمينه.

(و لو قال: خلعتک على ألف فى ذمّتک فقالت: بل فى ذمّه زيد حلفت على الأقوى)

تبعا للشيخ فى الخلاف حيث قال: «كان القول قولها مع يمينها أنّه لا يتعلّق بـذمّتها، فأمّا إقرارها أنّه فى ذمّه زيد فلا يلتفت إليه، و للشّافعىّ فيه وجهان أحدهما يتحالفان و يجب مهر المثل و الثانى مهر المثل بدون تحالف» و استدلّ الخلاف بقوله (عليه السلام) «البيّنه على المدّعى و اليمين على من أنكر»(۱) وأنه مدع و هى منكره لثبوت شى ء فى ذمتها فكانت اليمين عليها.

و قال ابن البراج: عليه اليمين لأن الأصل فى مال الخلع أن يكون فى ذمتها فإذا ادعت كونه فى ذمه غيرها لم تسـمع لأصاله عـدم انتقالهـا عن ذمتهـا , قلت: و هو الاـقوى لاـنه ينحـل الى امرين احـدهما الخلع و لاـ خلاف فيه و الثانى انه فى ذمه زيـد و الاصـل عدمه.

حصيله البحث:

۱- الخلاف (فى مسأله ۱۷ من خلعه)

إذا أتمّ الخلع فلا رجعه للزّوج، و للزّوجه الرّجعه فی البـذل ما دامت فی العدّه، فإذا رجعت رجع هو إن شاء، و لو تنازعا فی القدر حلفت و لو تنازعا فی الجنس فالاقوی تحالفهما لأن کلا منهما منکر لما یـدعیه صاحبه و حینئـذ فیسـقط ما یداعیاه و یثبت الاقل ممـا یـدعیانه لاـنه المتیقن وما زاد علیه سـقط بتحالفهما، و لو اختلفا فی الإراده مع اتفاقهما علی ذکر القـدر و عـدم ذکر الجنس لفظـا فالاقوی بطلان الخلع لعـدم معلومیه العوض , و لو کان اختلافهما فی أصل الإراده مع اتفاقهما علی عـدم ذکر الجنس فقال أحـدهما أردنـا جنسـا معینـا و قال الآخر إنا لم نرد بل أطلقنا فمقتضـی القاعـده تقـدیم مـدعی الصـحه منهما مع یمینه, و لو قال: خلعتک علی ألفٍ فی ذمّتک، فقالت: بل فی ذمّه زیدٍ، حلف علی الأقوی.

المبارأه

(و المبـارأه) و أصـلها المفـارقه قال الجوهری تقول بارأت شـریکی إذا فارقته و بارأ الرجل امرأته (۱) , و قـد تخفف الفا, وهی المصالحه. یقال: بارأه بمعنی صالحه. و المرأه بارأها بمعنی صالحها علی الفراق(۲).

و هی کالخلع إلّا أنها...

(و هی کالخلع الّا أنها تترتب علی کراهیه کل من الزوجین)

ص:۲۷

۱- الصحاح، ج ۱، ص۳۶، برأ .

۲- القاموس المحیط ۱: ۸

تبعا للمفید و من تأخّر فاشترطوا کراهه کل منهما للاخر و ینحصر دلیله بموثق سماعه: «سألته عن المبارأه کیف هی؟ فقال: یکون للمرأه شی ء علی زوجها من صداق أو من غیره و یکون قد أعطاها بعضه فیکره کلّ واحد منهما صاحبه فتقول المرأه لزوجها: ما أخذت منک فهو لی و ما بقی علیک فهو لک و أبارئک، فیقول الرّجل: إذا أنت رجعت فی شی ء ممّا ترکت، فأنا أحقّ ببضعک»(۱).

و فیه: انه لا صراحه فیه فی اشتراط کراهه کل منهما لصاحبه، و العدم هو المفهوم من الصدوق فاقتصر فی مبارأه فقیهه علی صحیح الحلبیّ، عن أبی عبد اللّه (علیه السلام) المبارأه أن تقول المرأه لزوجها: لک ما علیک و اترکنی فترکها، إلّا أنّه یقول لها: إن ارتجعت فی شی ء منه فأنا أملک ببضعک»(۲) و کذلک عبر فی مقنعه .

و المستفاد من الأخبار أنّ الأصل فی الفرق بینهما هو أنّ المختلعه تتکلّم بتلک الکلمات «لا أطیع لک أمرا و لا أغتسل لک من جنابه- إلخ» و المبارأه لا تتکلّم بتلک بل تقول نظیر ما مرّ «لک ما علیک و اترکنی» کما هو صریح صحیح زراره، عن الباقر (علیه السلام) المبارأه یؤخذ منها دون الصّداق، و المختلعه یؤخذ منها ما شاء أو ما تراضیا علیه من صداق أو أکثر، و إنّما صارت

۱- الکافی ج ۶، ص: ۱۴۲ح۱ و الظاهر أنّ معنی قوله «أو من غیره» أی أو من غیر صداقها .

۲- من لا یحضره الفقیه ج ۳ص ۵۱۹ باب المبارأه

المباراه تؤخذ منها دون المهر و المختلعه يؤخذ منها ما شاء لأنّ المختلعه تعتدى فى الكلام و تتكلّم بما لا يحلّ لها»(۱).

و يـدلّ على تحقّق المباراه بمجرّد طلب المراه من الزّوج تخليتها بشـى ء من مالها و أجابته صـحيح محمّد بن مسـلم عن الصّادق عليه السّلام: «سألته عن امراه قالت لزوجها: لک كذا و كذا و خلّ سبيلى، فقال: هذه المباراه»(۲).

و صـحيح أبى بصـير، عنه عليه السّـلام: المبـاراه أن تقول المراه لزوجهـا: لـک مـا عليـک و اتركنى أو تجعل له من قبلها شـى ء فيتركهـا إلّـا أنّه يقول: فـإن ارتجعت فى شـى ء فأنـا أملـک ببضـعک و لاـ يحـل لزوجهـا أن يأخـذ منهـا إلّـا المهر فمـا دونه»(۳) وغيرها(۴).

(فلا يجوز له الزياده على ما أعطاها)

أمّـا عـدم جواز أخـذ الزّيـاده على المهر فيها فمسـلّم، و إنّما الخلاف فى انه هل يجب الأقلّ أم لا؟ فقال بوجوبه علىّ بن بابويه و المبسوطان و ابن حمزه و هو ظاهر العمانىّ و الصدوق و القاضـى و النهايه، و قال بعدمه المفيد و المرتضـى و الدّيلمىّ و الحلبيّان و الحلىّ، و يدلّ على قولهم موثق

ص:۲۹

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۴۲ح۲

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۴۲ح۴

۳- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۴۳ح۵

۴- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۴۳ح۶

سماعه: سألته- إلى- و ليس له من المبارأه كلّ الذى أعطاها»(۱) وصحيح زراره المتقدم .

و يـدلّ على الأوّل ظاهرا صـحيح أبى بصـير المتقـدّم «إلّا المهر فما دونه» وعليه فيقع التعارض بينهما , قيل: و يمكن الجمع بينهما بحمل الوارد فى صـحيحه زراره «دون الصداق» على اعتبار ان لا تكون ازيد من مقدار المهر، فان صـحيحه ابى بصير صريحه فى جواز كونها بمقداره بينما صـحيحه زراره ظاهره فى اعتبار كونها أقلّ منه فيؤول الظاهر بقرينه الصـريح طبقا للقاعده العرفيه: كلما اجتمع دليلان متنافيان احدهما صريح و الآخر ظاهر أوّل الظاهر بقرينه الصريح.

قلت: ان تم هـذا الجمع مع صـحيح زراره فلا يتم مع موثق سـماعه: «و ليس له من المبارأه كلّ الـذى أعطاها» فانه غير قابل لهـذا الحمل , و عليه فيكون التعارض مسـتقرا , قيل: و يلزم ترجيح صحيحه ابى بصير لموافقه مضمونها لقوله تعالى: {فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ} .

و فيه: انه صـحيح لو كانت الايه شامله للمبارأه ايضا كما قيل لكن ذلك خلاف ظهورها لتقيـدها بالخوف من عـدم اقامه حـدود الله وهو مختص بالخلع. و عليه فلا عام فوقانى يرجع اليه و لابد من الرجوع الى الاصل العملى و هو يقتضـى عدم النفوذ الّا بالاقل من المهر.

(و لا بد فيها من الاتباع بالطّلاق و لو قلنا فى الخلع انه لا يجب)

ص:۳۰

۱- الإستبصار فيما اختلف من الأخبار ج ۳ ص ۳۱۵

قال الشيخ فی الإستبصار: - بعد نقله موثق حمران، عن الباقر علیه السّلام: «المبارأه تبین من ساعتها من غیر طلاق و لا میراث بینهما لأنّ العصمه منهما قد بانت ساعه کان ذلک منها و من الزّوج»(۱) و خبر جمیل بن درّاج، عن الصّادق: «المبارأه تکون من غیر أن یتبعها الطّلاق»(۲)-:

«هذه الأخبار أوردناها علی ما رویت و لیس العمل علی ظاهرها لأنّ المبارأه لیس یقع بها فرقه من غیر طلاق و إنّما تؤثّر فی ضرب من الطّلاق فی أن یقع بائنا لا یملک معه الرّجعه و هو مذهب جمیع فقهاء أصحابنا المتقدّمین منهم و المتأخّرین لا نعلم خلافا بینهم فی ذلک و الوجه أن نحملها علی التقیّه لأنّها موافقه لمذهب العامّه و لسنا نعمل به»(۳).

و مثل استبصار کلامه فی المبسوط فقال «فرّق أصحابنا بین الخلع و المبارأه، فلم یختلفوا فی أنّ المبارأه لا یقع إلّا بلفظ الطّلاق و اختلفوا فی الخلع، فقال المحصّلون منهم فیه مثل ذلک، و قال قوم منهم: یقع بلفظ الخلع».

اقول: و الظاهر صحّه ما قاله الشیخ من عدم وجود قائل منّا بعدم احتیاج المبارأه إلی الطّلاق فإنّ الصدوق و المفید و الدّیلمیّ الّذین وقفنا علی کلامهم ذکروا اتباع المبارأه بالطّلاق مع أنّ المفهوم منهم فی الخلع عدم الاحتیاج حتّی أنّ الصدوق لم یرو واحدا من الأخبار الظاهره فی عدم

۱- الإستبصار ج ۳، ص: ۳۱۹ح۳ و تهذیب الأحکام ج ۸، ص: ۱۰۲ح۲۴

۲- الإستبصار فیما اختلف من الأخبار، ج ۳، ص: ۳۱۹ح۴

۳- الإستبصار فیما اختلف من الأخبار، ج ۳، ص: ۳۱۹

الاحتیاج إلی الطّلاق, و اما ما نقله الشیخ من موثق حمران وخبر جمیل فالثانی منهما ضعیف سندا و الأوّل رواه الشیخ فی التهذیب و فیه: «المخیره» بدل المباراه(۱).

و یبقی صحیح محمّد بن إسماعیل، عن الرّضا علیه السّلام: «سألته عن المرأه تباری زوجها أو تختلع منه بشاهدین عدلین علی طهر من غیر جماع هل تبین منه؟ فقال: إذا کان ذلک علی ما ذکرت فنعم، قال: قلت: قد روی لنا أنّها لا تبین منه حتّی یتبعها الطّلاق؟ قال: فلیس ذلک إذن خلعا، فقلت: تبین منه؟ قال: نعم»(۲) فقد یقال بظهوره بعدم احتیاج المباراه الی اتباعها بالطلاق , و قد قیل فی توجیهه بأن المراد من المباراه الخلع فجعله عطفا تفسیریّا بدلیل أنّ الجواب «قال: فلیس ذلک إذن خلعا»، و لم یزد «و لا مباراه».

اقول: الظاهر ان هذا التوجیه غیر صحیح و ذلک لان الخلع عطف علی المباراه باو فلا یمکن ان یکون عطفا تفسیریا, نعم یمکن القول بان الامام سکت عنها فی الجواب وعلیه فلا دلاله فیه علیها.

ص:۳۲

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸ ص: ۹۰ح۲۲۶
۲- وسائل الشیعه ۱۵: ۴۹۲ الباب ۳ من کتاب الخلع و المباراه الحدیث ۹

صیغه المبارأه

(و صیغتها بارأتک) بالهمزه (علی کذا) فأنت طالق, و صیغتها لا تنحصر فی لفظها بل تقع بالکنایات الداله علیها کفاسختک علی کذا أو أبنتک أو بنتک لأن البینونه تحصل بالطلاق کما تقدم .

هذا و الاستدلال علی صحه المبارأه بغیر صیغتها بصحیح أبی بصیر «المبارأه أن تقول المرأه لزوجها: لک ما علیک و اترکنی»(۱) و امثاله غیر صحیح لان هذه الاخبار لیست فی مقام کیفیه صیغتها و انما هی فی مقام حقیقتها.

و یشترط فی الخلع و المبارأه شروط الطلاق

(و یشترط فی الخلع و المبارأه شروط الطلاق)

من کمال الزوج و قصده و اختیاره و کون المرأه طاهرا طهرا لم یقاربها فیه بجماع إن کانت مدخولا بها حائلا غیر یائسه و الزوج حاضراً و غیرها من الشروط.

اما اعتبار اجتماع شرائط صحه الطلاق فیهما فباعتبار انهما لما کانا فردین من الطلاق فتثبت لهما أحکامه.

ص:۳۳

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸ ص: ۱۰۰ح۱۸

هذا مضافا الی ان بعض الشرائط الخاصه للطلاق قد دلت الروایات الخاصه علی ثبوتها لهما کصحیحه عبد الرحمن بن الحجاج: «سألت ابا عبد اللّه (علیه السلام) هل یکون خلع او مباراه الّا بطهر؟ فقال: لا یکون الّا بطهر»(۱).

و صحیح محمّد بن مسلم، عن الباقر (علیه السلام) و عن سماعه، عن الصّادق علیه السّلام: «لا یکون طلاق و لا تخییر و لا مبارأه إلّا علی طهر من غیر جماع بشهود»(۲).

و صحیح محمّد بن مسلم، عن الباقر علیه السّلام: لا طلاق و لا خلع و لا مبارأه و لا خیار إلّا علی طهر من غیر جماع»(۳).

و فی مرسل علیّ بن حدید، عن الصّادق علیه السّلام، و عن زراره و محمّد بن مسلم، عنه علیه السّلام: المبارأه تطلیقه بائنه و لیس فی شی ء من ذلک رجعه، و قال زراره: لا یکون إلّا علی مثل موضع الطّلاق إمّا طاهرا و إمّا حاملا بشهود»(۴).

ص:۳۴

۱- وسائل الشیعه ۱۵: ۴۹۶ الباب ۶ من کتاب الخلع و المباراه الحدیث ۱

۲- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص ۱۴۳ باب المباراه ح۹

۳- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص ۱۴۳ باب المباراه ح۱۰

۴- تهذیب الأحکام (تحقیق ال خ رسان) ج ۸ ص ۱۰۲ باب الخلع و المباراه

و قال الشیخ فی الخلاف: «لا یقع الخلع إلّا فی طهر لم یقربها فیه بجماع إذا کان قد دخل بها، و خالف جمیع الفقهاء فی ذلک و قالوا: یجوز فی حال الحیض و فی طهر قربها فیه بجماع، دلیلنا إجماع الفرقه و أخبارهم»(۱).

حصیله البحث:

تحقّق المبارأه بمجرّد طلب المرأه من الزّوج تخلیتها بشیء من مالها و أجابته و لا یشترط فیها کراهیه الزّوجین و لا یجوز له الزّیاده علی ما أعطاها بل لا تصح الّا بالاقل من المهر و لا بدّ فیها من الإتباع بالطّلاق، و لو قلنا: فی الخلع، لا یجب, و صیغتها بارأتک علی کذا فأنت طالق, و صیغتها لا تنحصر فی لفظها , و یشترط فی الخلع و المباراه شروط الطّلاق.

(کتاب الظّهار)

اشاره

الظهار مصدر ظاهر و هو تنزیل الزوج زوجته بمنزله أمّه او غیرها من محارمه فی حرمه نکاحها بمثل صیغه: انت علیّ کظهر أمی .

و فی المبسوط «سمّی ظهارا اشتقاقا من الظهر و إنّما خصّ ذلک بالظّهر دون البطن و الفخذ و الفرج و غیر ذلک من الأعضاء لأنّ کلّ بهیمه ترکب فإنّما یرکب ظهرها، فلمّا کانت المرأه ترکب و تغشّی سمّیت بذلک»(۲).

و هو محرم للایه الاتی شرحها لکن قیل: إنّه لا عقاب فیه لتعقبه بالعفو(۳).

ص:۳۵

۱- الخلاف مساله ۲ من مسائل الخلع

۲- المبسوط ج۵ ص۱۴۴

۳- جواهر الکلام ۳۳: ۱۲۹.

و فیه: ان العفو ثـابت للفاعـل الاـول باعتبار جهله بالتحریم و لیس لکل فاعل حتی مع علمه بـذلک, و أنّه تعالی عفا عن المظاهر الأـوّل فلم یجعـل علیه کفّاره دون غیره فقـد أنزل الکفّاره لمن فعل ذلک بعـده، و یشـهد لـذلک صـحیح حمران عن أبی جعفر (علیه السـلام) أنّ أمیر المؤمنین (علیه السلام) قال: إنّ امرأه من المسلمین أتت النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله فقالت: إنّ فلانا زوجی قد نثرت له بطنی(۱) و أعنته علی دنیاه و آخرته و لم یر منّی مکروها و أنا أشـکو إلی اللّه عزّ و جلّ و إلیک، قال: ممّا تشـتکینه، قالت: إنّه قال لی الیوم «أنت علیّ حرام کظهر أمّی» و قـد أخرجنی من منزلی، و انظر فی أمری، فقال النّبیّ صـلّی اللّه علیه و آله: ما أنزل اللّه علیّ کتابا أقضـی به بینک و بین زوجک، و أنا أکره أن أکون من المتکلّفین، فجعلت تبکی و تشتکی ما بها إلی اللّه و إلی رسوله و انصرفت فسمع اللّه عزّ و جلّ مجادلتها لرسوله صلّی اللّه علیه و آله فی زوجها و ما شکت إلیه فأنزل اللّه عزّ و جلّ بذلک قرآنا «بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ قَدْ سَمِعَ اللّهُ قَوْلَ الَّتِی تُجادِلُکَ فِی زَوْجِها وَ تَشْتَکِی إِلَی اللّهِ وَ اللّهُ یَسْمَعُ تَحاوُرَکُما (یعنی محاورتها) (لرسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله فی زوجها) إِنَّ اللّهَ سَمِیعٌ بَصِیرٌ الَّذِینَ یُظاهِرُونَ مِنْکُمْ مِنْ نِسائِهِمْ ما هُنَّ أُمَّهاتِهِمْ إِنْ أُمَّهاتُهُمْ إِلَّا اللّائِی وَلَدْنَهُمْ وَ إِنَّهُمْ لَیَقُولُونَ مُنْکَراً مِنَ الْقَوْلِ وَ زُوراً وَ إِنَّ اللّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ» فبعث النّبی صلّی اللّه علیه و آله إلی المرأه فأتته فقال لها: جیئینی بزوجک، فأتته به، فقال له أ قلت لامرأتک هذه: «أنت علیّ حرام کظهر أمّی»؟ قال: قد قلت لها ذلک، فقال له النّبی صلّی اللّه علیه و آله

۱- ای اکثرت له الولد من بطنی .

و سلّم: قد أنزل اللّه عزّ و جلّ فيک و فی امرأتک قرآنا، فقرأ علیه ما أنزل اللّه من قوله «قَدْ سَمِعَ اللّهُ- إلی قوله- وَ إِنَّ اللّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ» فضم امرأتک إلیک فإنّک قد قلت منکرا من القول و زورا قد عفا اللّه عنک و غفر لک فلا تعد، فانصرف الرّجل و هو نادم علی ما قال لامرأته، و کره اللّه ذلک للمؤمنین بعد فأنزل اللّه عزّ و جلّ «الَّذِینَ یُظاهِرُونَ مِنْ نِسائِهِمْ، ثُمَّ یَعُودُونَ لِما قالُوا (یعنی لما قال الرّجل لامرأته: «أنت علیّ حرام کظهر أمّی» قال فمن قالها بعد ما عفا اللّه و غفر للرّجل الأوّل)(۱) فإنّ علیه تحریر رقبه مِنْ قَبْلِ أَنْ یَتَمَاسّا (یعنی مجامعتها) ذلِکُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَ اللّهُ بِما تَعْمَلُونَ خَبِیرٌ. فَمَنْ لَمْ یَجِدْ فَصِیامُ شَهْرَیْنِ مُتَتابِعَیْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ یَتَمَاسّا فَمَنْ لَمْ یَسْتَطِعْ فَإِطْعامُ سِتِّینَ مِسْکِیناً» فجعل اللّه عقوبه من ظاهر بعد النهی هذا، و قال: «ذلِکَ لِتُؤْمِنُوا بِاللّهِ وَ رَسُولِهِ وَ تِلْکَ حُدُودُ اللّهِ» فجعل اللّه عزّ و جلّ هذا حدّ الظهار، قال حمران: قال أبو جعفر علیه السّلام: و لا یکون ظهار فی یمین و لا فی إضرار و لا فی غضب و لا یکون ظهار إلّا علی طهر بغیر جماع بشهاده شاهدین مسلمین»(۲). و مثله فی الدلاله صحیح أبان و غیره عن أبی عبد اللّه (علیه السلام) قال: کان رجل علی عهد النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله یقال له: أوس بن الصامت و کانت تحته امرأه یقال لها: خوله بنت المنذر فقال لها ذات یوم: «أنت علیّ کظهر أمّی» ثمّ ندم من ساعته و قال لها: أیّتها المرأه ما أظنّک إلّا و قد حرمت علیّ، فجاءت إلی النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله فقالت: إنّ زوجی قال لی: «أنت علیّ کظهر أمّی» (و کان هذا القول فی ما مضی

۱- سیأتی الاشکال فی هذه الفقره من کونها خلاف ظاهر الایه المبارکه .

۲- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص۱۵۲ باب الظهار

یحرم المرأه علی زوجها) فقال لها النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله: أیّتها المرأه ما أظنّک إلّا و قد حرمت علیه، فرفعت المرأه یدها إلی السّماء فقالت: أشکو إلیک فراق زوجی فأنزل اللّه عزّ و جلّ: یا محمّد «قَدْ سَمِعَ اللّهُ قَوْلَ الَّتِی تُجادِلُکَ فِی زَوْجِها وَ تَشْتَکِی إِلَی اللّهِ وَ اللّهُ یَسْمَعُ تَحاوُرَکُما إِنَّ اللّهَ سَمِیعٌ بَصِیرٌ. الَّذِینَ یُظاهِرُونَ مِنْکُمْ مِنْ نِسائِهِمْ ما هُنَّ أُمَّهاتِهِمْ إِنْ أُمَّهاتُهُمْ إِلَّا اللّائِی وَلَدْنَهُمْ وَ إِنَّهُمْ لَیَقُولُونَ مُنْکَراً مِنَ الْقَوْلِ وَ زُوراً وَ إِنَّ اللّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ» ثمّ أنزل اللّه عزّ و جلّ الکفّاره فی ذلک فقال «وَ الَّذِینَ یُظاهِرُونَ مِنْ نِسائِهِمْ ثُمَّ یَعُودُونَ لِما قالُوا فَتَحْرِیرُ رَقَبَهٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ یَتَمَاسّا ذلِکُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَ اللّهُ بِما تَعْمَلُونَ خَبِیرٌ. فَمَنْ لَمْ یَجِدْ فَصِیامُ شَهْرَیْنِ مُتَتابِعَیْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ یَتَمَاسّا فَمَنْ لَمْ یَسْتَطِعْ فَإِطْعامُ سِتِّینَ مِسْکِیناً»(۱)، فإنّه و إن لم یکن صریحا کالأوّل لکنّه ظاهر فی أنّ الکفّاره نزلت بعداً لمن یعمل عمله.

و أمّا ما فی موثق أبی بصیر، عن الصّادق علیه السّلام: جاء رجل إلی النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله فقال: ظاهرت من امرأتی؟ قال: اذهب فأعتق رقبه، قال: لیس عندی، قال: اذهب فصم شهرین متتابعین، قال: لا أقوی، قال: اذهب فأطعم ستّین مسکینا، قال: لیس عندی، فقال النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله: أنا أتصدّق عنک فأعطاه تمرا لإطعام ستّین مسکینا، قال: اذهب فتصدّق به، فقال: و الذی بعثک بالحقّ ما أعلم بین لابتیها أحدا أحوج إلیه منّی و من عیالی، قال: فاذهب فکل و أطعم عیالک»(۲) المنافی لما تقدم فرواه الصدوق فی الفقیه ثمّ قال فیه: «هذا الحدیث فی الظهار غریب نادر لأنّ المشهور فی

۱- من لا یحضره الفقیه ج ۳ ص ۵۲۶ باب الظهار
۲- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص ۱۵۵ باب الظهار

هذا المعنى فى كفّاره من أفطر يوما من شهر رمضان»(۱), قلت: فمع معارضته لما تقدم قد اعرض عنه الاصحاب كما صرح بذلك الصدوق فلا عبره به .

و مثله فى الضعف سندا و ينافى ما تقدم مرسل المحكم و المتشابه للمرتضى نقلا عن تفسير النّعمانىّ بإسناده عن علىّ (عليه السلام) «و أمّا المظاهره فى كتاب اللّه...الخ»(۲).

صيغه الظهار

(و صيغته: هى على كظهر أمى أو أختى أو بنتى أو غيرهنّ و لو من الرضاع على الأشهر)

و ذهب ابن ادريس إلى عدم الوقوع بغير الأمّ، و ذهب القاضى إلى عدم التحريم بغير النّسب من الرّضاع و المصاهره، و ذهب المبسوط إلى الوقوع بالرّضاع دون المصاهره و هو ظاهر الإسكافىّ و ابن حمزه، و بالرّضاع أفتى المبسوط، و القاضى و ابن حمزه و إن ذهب المهذّب إلى عدم إجزائه.

و أمّا المصاهره فلم يصرّح أحد بإجزائها بل أنكره المبسوط و المهذّب و مستند الإلحاق فى الرّضاع قوله صلّى اللّه عليه و آله: «يحرم من الرّضاع ما يحرم من النسب» و مستند الإلحاق فى المصاهره قوله (عليه السلام) فى صحيح زراره « سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن الظّهار فقال: هو من كلّ ذى محرم أمّ أو

۱- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۵۳۲ ح۴۸۳۷

۲- وسائل الشيعه، ج ۲۲، ص: ۳۰۶

أخت أو عمّه أو خاله »(۱) و جعل «أمّ أو أخت أو عمّه أو خاله» من باب المثال .

و هو المفهوم من العمانیّ حیث قال: «و الظهار عند آل الرسول علیهم السّلام أن یقول الرّجل لامرأته أو لأمته هی علیه کظهر أمّه أو کظهر خالته أو کظهر ذات محرم»، و المحرم بالمصاهره أیضا ذات محرم کالرّضاع و کالنسب.

و یدلّ علی عدم الاختصاص بالأمّ صحیح زراره المتقدم و صحیح جمیل بن درّاج: قلت لأبی عبد اللّه علیه السّلام: الرّجل یقول لامرأته: أنت علیّ کظهر عمّته أو خالته؟ قال: هو الظهار»(۲).

و استند ابن ادریس إلی ظاهر الآیه «إِنْ أُمَّهاتُهُمْ إِلَّا اللّائِی وَلَدْنَهُمْ» و یردّه أنّها الفرد الأظهر و تعلیله «وَ إِنَّهُمْ لَیَقُولُونَ مُنْکَراً مِنَ الْقَوْلِ وَ زُوراً» یدلّ علی التعمیم فمن قال لزوجته: «أنت علیّ کظهر أختی» لیست امرأته أخته إلّا من ولدها أبواه أو أحدهما.

و أمّا ما فی صحیح سیف التمّار: «قلت لأبی عبد اللّه علیه السّلام: الرّجل یقول لامرأته: «أنت علیّ کظهر أختی أو عمّتی أو خالتی» قال: فقال: إنّما ذکر اللّه الأمّهات و إنّ هذا لحرام»(۳) فمجمل، و الصحیحان الأوّلان مفصّلان

۱- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص ۱۵۳ ح۳ و الفقیه ج ۳ ص ۵۲۶

۲- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص ۱۵۵ ح۱۰

۳- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص ۱۵۷ ح۱۸

و یحمل المجمل علی المفصّل و هما أیضا مشتهران فعمل بهما العمانیّ و الإسکافیّ و الصدوق و الشیخان و الدّیلمیّ و الحلبیّان و القاضی و ابن حمزه.

و بذلک یظهر ضعف ما فی الخلاف «اختلفت أخبار أصحابنا فیه»(۱) فإنّه یصحّ الاختلاف لو کان خبر سیف دالّا علی العدم.

حصیله البحث:

الظهار: تنزیل الزوج زوجته بمنزله أمّه او غیرها من محارمه فی حرمه نکاحها بمثل صیغه: انت علیّ کظهر أمی, وهو من المحرمات و صیغته: هی علی کظهر أمی أو أختی أو بنتی أو غیرهنّ من المحرمات و لو من الرضاع و المصاهره .

و هل یختص الظهار بلفظ الظهر؟

(و لا اعتبار بغیر لفظ الظهر من أجزاء البدن)

عند المصنف خلافا للمرتضی حیث ذهب إلی اعتباره و تبعه ابن زهره و الحلیّ و الإسکافیّ و الصدوق و الشیخ و القاضی و ابن حمزه، و هو ظاهر الکافی حیث اعتمد خبر یونس، عن بعض رجاله، عن الصّادق علیه السّلام: سألته عن رجل قال لامرأته: «أنت علیّ کظهر أمّی أو کیدها أو کبطنها أو کفرجها أو کنفسها أو ککفّها أ یکون ذلک الظّهار و هل یلزمه فیه ما یلزم

۱- الخلاف فی ۱۰ من أخبار ظهاره

المظاهر؟ فقال: المظاهر إذا ظاهر من امرأته فقال هی علیه کظهر أمّه أو کیدها أو کرجلها أو کشعرها أو کشی ء منها، ینوی بذلک التحریم فقد لزمته الکفّاره فی کلّ قلیل منها أو کثیر و کذلک إذا هو قال کبعض ذوات المحارم، فقد لزمته الکفّاره»(۱) و إفتی الفقیه بمضمونه، ناسبا له إلی ذکر إبراهیم بن هاشم له فی نوادره(۲).

و یؤید ذلک خبر سدیر عن الصّادق (علیه السلام) «قلت له: الرّجل یقول لامرأته: «أنت علیّ کشعر أمّی أو ککفّها أو کبطنها أو کرجلها» قال: ما عنی؟ إن أراد به الظّهار فهو الظهار»(۳).

و ادعی الشّیخ فی الخلاف علیه الاجماع فقال: «إذا قال: «أنت علیّ کید أمّی أو رجلها» و نوی به الظّهار کان مظاهرا- ثمّ قال:- دلیلنا إجماع الفرقه و أخبارهم»(۴).

و اما اجماع المرتضی فی الانتصار علی عدم الوقوع بغیر الظهر فکما تری، فقد قال به جمع من اصحابنا کما تقدم و لم نر قبل الصدوق تصریح أحد بالعدم.

ص:۴۲

۱- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶، ص: ۱۶۱ح۳۶ و فی سنده صالح بن سعید و هو لم یوثق.

۲- الفقیه، ج ۳، ص: ۵۲۸ و فی الوافی و الوسائل بدل «أو ککفّها» «أو ککعبها» .

۳- تهذیب الأحکام (تحقیق خرسان) ج ۸ ص ۱۰

۴- الخلاف فی ۹ من مسائل ظهاره

(و لا التشبیه بالأب أو الأجنبیه أو أخت الزوجه)

لعدم الدّلیل علی التحریم به أصلا و لا أثر فیه من خبر قویّ أو ضعیف.

(أو مظاهرتها منه)

لعدم الدلیل علیه و لمعتبر السّکونی «عن الصّادق (علیه السلام) قال: قال أمیر المؤمنین علیه السّلام: إذا قالت امرأه: «زوجی علیّ حرام کظهر أمّی» فلا کفّاره علیها (۱) و به افتی الفقیه(۲).

و لا یقع الّا منجّزا

(و لا یقع الّا منجّزا، و قیل یصح تعلیقه علی الشرط) مثل: إذا دخلت الدّار (لا علی الصفه) مثل: إذا جاء رأس الشّهر (و هو قوی)

قلت: الظاهر من صاحب القیل عدم الفرق بین الشّرط و الصفه فی المعنی فقال الشیخ فی المبسوط: «الظهار یصح عاجلا و آجلا، فالعاجل أن یقول: أنت علیّ کظهر أمّی» و الآجل أن یقول: «إذا دخلت الدّار و إذا جاء رأس الشّهر» و فی أصحابنا من منع الظّهار إذا کان شرطا» فجعل «إذا جاء رأس

۱- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص ۱۵۹

۲- من لا یحضره الفقیه ج ۳ ص ۵۳۵

الشهر» مثل «إذا دخلت الدّار», و مثله قال فی الخلاف(۱) و العلامه فی المختلف(۲) و علیه فلا وجه للتفریق بینهما .

و کیف کان فسوّغ الشّیخ الظهار مع الشّرط، و کذا المقنع و ابن حمزه و الفقیه(۳)، و ذهب المرتضی فی انتصاره و الدّیلمیّ و القاضی فی کتابیه و الحلبیّان إلی عدم وقوعه بالشّرط و نسبه الحلیّ إلی المفید و الظاهر من الکافی التردد حیث روی خبر ابن بکیر، عن رجل من أصحابنا، عن رجل قال: قلت لأبی الحسن علیه السّلام: إنّی قلت لامرأتی: «أنت علیّ کظهر أمّی إن خرجت من باب الحجره، فخرجت؟ فقال: لیس علیک شی ء، قلت: إنّی قویّ علی أن أکفّر رقبه و رقبتین، قال: لیس علیک شی ء قویت أولم تقو»(۴) .

و خبر القاسم بن محمّد الزّیّات «قال: قلت لأبی الحسن علیه السّلام: إنّی ظاهرت من امرأتی فقال: کیف قلت؟ قال: قلت: «أنت علیّ کظهر أمّی إن فعلت کذا و کذا» فقال: لا شی ء علیک و لا تعد»(۵) و هما دالان علی عدمه.

ثم روی صحیح عبد الرّحمن بن الحجّاج، عن الصّادق علیه السّلام: «الظهار ضربان أحدهما فیه الکفّاره قبل المواقعه و الآخر بعدها فالّذی یکفّر قبل

ص:۴۴

۱- الخلاف فی ۲۰ من مسائل الظهار

۲- المختلف (فی ۶ من مسائل ظهاره)

۳- من لا یحضره الفقیه ج ۳ ص ۵۳۲

۴- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص ۱۵۴

۵- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص ۱۵۸

المواقعه الـذى يقول: «أنت علىّ كظهر أمّى» و لا يقول: «إن فعلت بك كـذا و كـذا» و الـذى يكفّر بعـد المواقعه هو الذى يقول: «أنت علىّ كظهر أمّى إن قربتک»(۱) و هو دال على صـحته و بمضمونه أفتى فى الفقيه(۲) لكنه زاد عليه: «فإن جامع من قبل أن يكفّر لزمته كفّاره أخرى» كما سيأتى البحث عنه .

اقول: و الاولان ضعيفان السند بخلاف الاخير نعم رواه التّهذيب صحيحا ايضا عن عبد الرّحمن بن الحجّاج تاره مثل الكافى(۳) و اخرى مع تفاوت ففيه: «قال: الظهار على ضـربين فى أحدهما الكفّاره إذا قال: «أنت علىّ كظهر أمّى» و لا يقول: «أنت علىّ كظهر أمّى إن قربتک»(۴) و لا يخفى عدم استقامه العباره فلم يذكر الضـرب الثانى و عليه فلا وثوق بعبارته فلا يعارض نسـخه الكافى المؤيده باحدى روايتى التهذيب .

و يشـهد لصـحه الظهـار مع الشـرط ايضا صـحيح علىّ بن مهزيار قال: كتب عبـد اللّه بن محمّـد إلى أبى الحسن عليه السّـلام: أنّ بعض مواليـک يزعم أنّ الرّجـل إذا تكلّم بالظهـار وجبت عليه الكفّـاره حنث أو لم يحنث، و يقول: حنثه كلامـه بالظّهـار، و إنّما جعلت عليه الكفّاره عقوبه لكلامـه، و بعضـهم يزعم أنّ الكفّـاره لاـ تلزمه حتّى يحنث فى الشـى ء الـذى حلف عليه، و إن حنث وجبت عليه الكفّاره و إلّا فلا كفّاره عليه؟ فوقّع (عليه السلام) بخطّه «لا تجب

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۶۰ح۳۲
۲- من لا يحضره الفقيه ج ۳ ص ۵۲۷
۳- وسائل الشيعه، ج ۲۲، ص: ۳۳۲ باب ۱۶ ح ۱
۴- وسائل الشيعه، ج ۲۲، ص: ۳۳۴ ح ۸

الکفّاره حتّی یجب الحنث»(۱) و المراد من «حتّی یجب الحنث» حتّی یعزم علی الحنث.

و صحیح حریز عن الصّادق (علیه السلام) قال: «الظهار ظهاران فأحدهما أن یقول: «أنت علیّ کظهر أمّی» ثمّ یسکت فذلک الذی یکفره قبل أن یواقع فإذا قال: «أنت علیّ کظهر أمّی إن فعلت کذا و کذا» ففعل و حنث فعلیه الکفّاره حین یحنث»(۲).

و اما صحیحه الاخر «عن الصّادق علیه السّلام: إذا حلف الرّجل بالظّهار فحنث فعلیه الکفّاره قبل أن یواقع و إن کان منه الظّهار فی غیر یمین فإنّما علیه الکفّاره بعد ما یواقع» فقال فیه معاویه- یعنی ابن حکیم الواقع فی الطریق: و لیس یصحّ هذا علی جهه النظر و الأثر فی غیر هذا الأثر أن یکون الظّهار لأنّ أصحابنا رووا أنّ الأیمان لا یکون إلّا باللّه و کذلک نزل بها القرآن»(۳). قلت: ذیله مجمل و لذا اشکل فیه معاویه کما و انه اجنبی عن الظهار بشرط و لا علاقه له بصحیح عبد اللّه بن المغیره «قال تزوّج حمزه بن حمران ابنه بکیر فلمّا أراد أن یدخل بها قال له النّساء: لسنا ندخلها علیک حتّی تحلف لنا و لسنا نرضی أن تحلف بالعتق لأنّک لا تراه شیئا و لکن احلف لنا بالظهار و ظاهر من أمّهات أولادک و جواریک، فظاهر منهنّ ثمّ

۱- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص ۱۵۷
۲- تهذیب الأحکام (تحقیق خرسان) ج ۸ ص۱۲
۳- الکافی (ط - دارالحدیث) ج ۱۱ ص ۷۳۵

ذکر ذلک لأبی عبد اللّه (علیه السلام) فقال: لیس علیک شی ء ارجع إلیهنّ»(۱) کما قیل و ذلک لان ظهاره کان بالاکراه و لا اثر له.

و اما ما فی صحیح صفوان، عن أبی الحسن علیه السّلام: سألته عن الرّجل یصلّی الصّلاه أو یتوضّأ فیشکّ فیها بعد ذلک فیقول: إن أعدت الصّلاه أو أعدت الوضوء فامرأته علیه کظهر أمّه و یحلف علی ذلک بالطلاق؟ فقال: هذا من خطوات الشّیطان لیس علیه شی ء»(۲) الدال علی کون لغویه الشرط و کونه مانعا عن انعقاده , فالبطلان فیه من جهه الوسواس لعدم القدره علی ترک الوسواس فإنه نوع من الجنون کما قیل(۳) بقرینه قوله (علیه السلام) هذا من خطوات الشّیطان الذی هو بمثابه التعلیل, و علیه فهو اخص من المدعی مضافا الی ان بطلان الحلف بالطلاق عندنا .

و الأقرب صحه توقیته بمده

(و الأقرب صحه توقیته بمده)

لم یذهب إلیه منّا إلّا الإسکافی، و صرّح بالمنع الشّیخ و القاضی و الحلیّ، و إنّما العامّه رووا أنّ سلمه بن صخر ظاهر من امرأته فی مدّه شهر رمضان فروی ابن ماجه «عن سلمه بن صخر البیاضیّ قال: کنت امرءا أستکثر من النّساء لا أری رجلا کان یصیب من ذلک ما أصیب، فلمّا دخل رمضان

۱- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص ۱۵۴

۲- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص ۱۵۵

۳- روضه المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه (ط - القدیمه) ج ۹ ص ۱۶۱

ظاهرت من امرأتی حتّی ینسلخ رمضان فبینما هی تحدّثنی ذات لیله انکشف لی منها شی ء فوثبت علیها فواقعتها- إلی- قال له النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله: فأعتق رقبه، قلت: و الذی بعثک بالحقّ ما أصبحت أملک إلا رقبتی هذه، قال: فصم شهرین متتابعین، قلت: و هل دخل علیّ ما دخل من البلاء إلّا بالصّوم، قال: فتصدّق أو أطعم ستّین مسکینا، قلت: و الذی بعثک بالحقّ لقد بتنا لیلتنا هذه ما لنا عشاء، قال: فاذهب إلی صاحب صدقه بنی زریق فقل له، فلیدفعها إلیک و أطعم ستّین مسکینا و انتفع ببقیّتها». بیان: أستکثر أی من جماعهنّ لا نکاحهنّ.

و روی الترمذیّ «عن سلمان بن صخر أو سلمه بن صخر بمضمونه، و فی خبره «جعل امرأته علیه کظهر أمّه حتّی یمضی رمضان، فلمّا مضی نصف من رمضان وقع علیها لیلا- إلی أن قال بعد قوله بعد تمکّنه من الکفّارات الثلاث- فقال صلّی اللّه علیه و آله لفروه بن عمرو: أعطه العرق- مکتل یأخذ خمسه عشر صاعا أو ستّه عشر صاعا- إطعام ستّین مسکینا»(۱) .

و استدلّ المختلف و تبعه الجواهر بصحیح سعید الأعرج «عن الکاظم (علیه السلام) فی رجل ظاهر من امرأته یوما، قال: لیس علیه شی ء» قلت: اشتبه علیه الخبر فإنّما فی الخبر «فوفی» لا «یوما» کما رواه التّهذیب و الاستبصار(۲).

۱- النجعه ج۹ ص ۳۵۲ نقلا عن ابن ماجه (فی سننه فی ظهاره ۲۵ من طلاقه) و الترمذیّ فی سننه (فی خبره ۱۲۱۵)
۲- تهذیب الأحکام ج ۸ ص ۱۴ و الإستبصار فیما اختلف من الأخبار ج ۳ ص ۲۶۲

و أمّا الاستدلال لذلك بعموم الآيات و الرّوايات , ففيه: أنّ موردها غير الموقّت .

حصيله البحث:

يصحّ تعليق الظهار على الشّرط و الصّفه و لا يصح توقيته بمدّهٍ.

شرائط الظهار

(و لا بد من حضور عدلين)

بلا خلاف فى ذلک کما فى الجواهر(١), و يدل عليه صحيح حمران: «قال ابو جعفر عليه السّلام: لا يكون ظهار فى يمين و لا فى اضرار و لا فى غضب، و لا يكون ظهار الّا فى طهر من غير جماع بشهاده شاهدين مسلمين»(٢).

نعم يظهر الخلاف من الشهيد الثانى حيث ذكر ان النص عبّر بلزوم كونهما مسلمين لا اكثر(٣).

و فيه: ان النص منصرف الى العادلين اعتمادا على وضوح الامر.

ص:۴۹

١- جواهر الكلام ٣٣: ١٠٥

٢- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۶ ص١۵٣ و الفقيه فى ٢٠ من أخبار ظهاره، و رواه الإستبصار فى أوّل ظهاره عن حمزه بن حمران كما فى مطبوعه و خطّيّه و فى نقل الجامع، و حينئذ فما فى الاستبصار و هم بعد اتّفاق الكتب الثلاثه على روايته عن نفس حمران مع أنّ كون حمران من أصحاب الباقر (عليه السلام) محقّق دون ابنه .

٣- مسالك الافهام ٢: ٧۶

(و کونها طاهراً من الحیض و النّفاس)

لصحیح زراره عن أبی جعفر علیه السلام و قد سأله عن کیفیته، فقال: «یقول الرجل لامرأته و هی طاهر فی غیر جماع: أنت علی حرام کظهر أمی»(۱).

(و أن لا یکون قد قربها فی ذلک الطّهر)

و ذلک لصحیح حمران المتقدم.

و هل شرطیه الطهر تختص بما اذا کان الزوج حاضرا کما هو الحال فی الطلاق؟ مقتضی مرسله ابن فضال عن ابی عبد اللّه علیه السّلام: «لا یکون الظهار الّا علی مثل موضع الطلاق»(۲) التی بها عمل الکافی و الفقیه(۳) الاختصاص و نسب الی المشهور بل فی الجواهر نفی الخلاف علی الاختصاص(۴) .

و اما ضعف سندها بالارسال فقد یقال بحجیتها بناء علی المسلک القائل بحجیه کل روایه ورد فی سندها احد بنی فضال استنادا الی ما رواه الشیخ الطوسی عن عبد اللّه الکوفی خادم الشیخ الحسین بن روح رضی اللّه عنه

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق خرسان) ج ۸ ص ۹

۲- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص ۱۵۴

۳- من لا یحضره الفقیه ج ۳ ص ۵۲۶

۴- جواهر الکلام ۳۳: ۱۲۳

قال: «سئل الشيخ- يعنى ابا القاسم- رضى اللّه عنه عن كتب ابن ابى العزاقر بعد ما ذم و خرجت فيه اللعنه فقيل له: فكيف نعمل بكتبه و بيوتنا منه ملاء؟ فقال: اقول فيها ما قاله ابو محمد الحسن بن على صلوات اللّه عليهما و قد سئل عن كتب بنى فضال فقالوا: كيف نعمل بكتبهم و بيوتنا منها ملاء؟ فقال صلوات اللّه عليه: خذوا بما رووا و ذروا ما رأوا»(۱).

و المسلک المذکور قابل للتأمل لضعف الروایه المذکوره سندا بعبد اللّه الکوفی، فانه لم یوثق، و دلاله حیث تدل على انه لا موجب للتوقف من ناحیه بنی فضال اذا وردوا فی سند روایه من اجل اعتقادهم الفاسد لا ان الروایه تکون حجه حتى مع ضعفها من جهات اخرى, و علیه فان عمل بها مشهور المتقدمین کما قد یفهم ذلک من عباره الجواهر فهو و الّا فمقتضى اطلاق صحیح حمران(۲) العدم .

(و أن یکون المظاهر کاملًا قاصداً)

اما اعتبار بلوغ الزوج المظاهر و عقله فلان الادله الداله على حصول التحریم بالظهار ناظره الى خصوص البالغ العاقل بقرینه اثباتها لعنوان الزور و المنکر و لوجوب الکفاره على اراده العود، و یبقى غیره بلا دلیل یدل على حصول التحریم به فیتمسک بالاستصحاب.

۱- الغیبه للشیخ الطوسی: ۲۳۹

۲- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص۱۵۲ باب الظهار

هذا کله لو فرض تحقق القصد الی الظهار- کما فی العاقل- و الّا فالامر اوضح.

و اما اعتبار الاختیار فلحدیث نفی الاکراه(۱).

و اما اعتبار القصد فلانه بدونه لا یصدق عنوان الظهار. علی ان بعض الروایات قد دلت علی ذلک، کموثقه عبید بن زراره عن ابی عبد اللّه علیه السّلام: «لا طلاق الا ما ارید به الطلاق و لا ظهار الا ما ارید به الظهار»(۲) و غیرها.

و یعتبر فی تحقق الظهار ایضا عدم الغضب وعدم قصد الاضرار بالزوجه و ذلک لصحیح حمران المتقدم «و لا یکون ظهار فی یمین و لا فی إضرار و لا فی غضب» و مقتضی اطلاقه الشمول لحاله ثبوت القصد أیضا.

قیل: و لا یقع اذا قصد به الزجر، کما لو قال الزوج: فلانه کظهر أمی علیّ ان ترکت الصلاه لصحیح صفوان عن ابی الحسن علیه السّلام: «سألته عن الرجل یصلی الصلوات او یتوضأ فیشک فیها بعد ذلک فیقول: ان اعدت الصلاه أو اعدت الوضوء فامرأته علیه کظهر امه و یحلف علی ذلک بالطلاق فقال: هذا من خطوات الشیطان لیس علیه شی ء»(۳) .

۱- وسائل الشیعه ۱۱: ۲۹۵ الباب ۵۶ من أبواب جهاد النفس الحدیث

۲- وسائل الشیعه ۱۵: ۵۱۰ الباب ۳ من کتاب الظهار الحدیث ۱

۳- وسائل الشیعه ۱۵: ۵۱۳ الباب ۶ من کتاب الظهار الحدیث ۴

قلت: لا ظهور للصحيحه فی ذلک و المتیقن من البطلان فیه هو من جهه الوسواس لعدم القدره علی ترک الوسواس فإنه نوع من الجنون کما قیل(۱) بقرینه قوله (علیه السلام) هذا من خطوات الشّیطان الذی هو بمثابه التعلیل, و علیه فهو اخص من المدعی مضافا الی ان بطلان الحلف بالطلاق عندنا .

حصیله البحث:

شرائط الظهار: لابد من حضور عدلین یسمعان صیغه الظهار و کونها طاهراً من الحیض و النّفاس و ان تکون مدخولا بها و أن لا یکون قد قربها فی ذلک الطّهر و أن یکون المظاهر کاملًا قاصداً و یعتبر فی تحقق الظهار ایضا عدم الغضب وعدم قصد الاضرار بالزوجه و ان لا یکون ظهاره من جهه الوسواس .

و هل یصحّ من الکافر؟

(ویصح من الکافر)

کما قال بصحته ابن ادریس لعموم ادله الظهار، و عدم المانع، إذ لیس هو عباده یمتنع وقوعها منه لنجاسته، و القول بعدم الصّحّه، للمبسوطین و هو ظاهر الإسکافیّ لأنه لا یقر بالشرع، و الظهار حکم شرعی، و لأنه لا تصح منه الکفاره لاشتراط نیه القربه فیها فیمتنع منه الفئه و هی من لوازم وقوعه.

ص:۵۳

۱- روضه المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه (ط - القدیمه) ج ۹ ص ۱۶۱

ورد الشهید الثانی ذلک بقوله: و یضعف بأن الظهار من قبیل الأسباب و هی لا تتوقف علی اعتقادها و التمکن من التکفیر متحقق بتقدیمه الإسلام، لأنه قادر علیه، و لو لم یقدر علی العبادات لامتنع تکلیفه بها عندنا، و إنما تقع منه باطله لفقد شرط مقدور(۱).

(و الأقرب صحته بملک الیمین)

ذهب إلیها العمانیّ و الشّیخ و ابن حمزه، و ذهب المفید و الدّیلمیّ و الحلبیّ و القاضی إلی عدم الصحّه، و الصحّه هی المفهوم من الکافی و الفقیه حیث رویا صحیح إسحاق بن عمّار انه سأل أبا إبراهیم (علیه السلام) عن الرّجل یظاهر من جاریته، فقال: الحرّه و الأمه فی هذا سواء»(۲) و به قال علیّ بن إبراهیم(۳).

و یشهد لذلک ایضا النصوص المستفیضه منها صحیح محمّد بن مسلم عن أحدهما علیهما السّلام فی خبر «قال: و سألته عن الظهار علی الحرّه و الأمه، فقال: نعم»(۴).

۱- الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه (ط - کلانتر)؛ ج ۶، ص: ۱۳۲
۲- من لا یحضره الفقیه ج ۳ ص ۵۳۵
۳- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص ۱۵۸
۴- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص ۱۵۶

و اما قول المختلف: «العدم هو الظاهر من كلام الصّدوق و ابن الجنيد حيث قالا: لا يقع الظّهار إلّا على موقع الطّلاق», ففيه: أنّهما أرادا فی كون المرأه فی غير طهر المواقعه مع حضور عدلين .

و أمّا موثق حمزه بن حمران، عن الصّادق عليه السّلام: «سألته عن رجل جعل جاريته عليه كظهر أمّه فقال: يأتيها و ليس عليه شی ء»(۱)، فقال فيه الشيخ: روی فی كتاب البزوفریّ أنّ حمزه راوی هذا الخبر يقول ذلك لجاريه يريد بها رضاء زوجته فلم يكن ظهارا صحيحا»(۲).

قلت: و يشهد له موثق حمران «قلت لأبی عبد اللّه (عليه السلام) رجل قال لأمته: «أنت علیّ كظهر أمّی»- يريد أن ترضی بذلك امرأته- قال: يأتيها و ليس عليها و لا عليه شی ء»(۳).

اشتراط الدخول فی تحقق الظهار

(و المروی اشتراط الدخول)

كما ذهب إليه الصدوق و الشّيخ و فی المختلف و هو الظاهر من كلام الإسكافیّ و القاضی فی كتابيه و هو المفهوم من العمانیّ لصحيح محمد بن

ص:۵۵

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ۸ ص ۲۴
۲- الاستبصار ؛ ج ۳، ص: ۲۶۵؛ باب ۱۶۱ باب أن الظهار يقع بالحره و المملوكه.
۳- من لا يحضره الفقيه ج ۳ ص ۵۳۳

مسلم عن ابی جعفر و ابی عبد اللّه علیهما السّلام: «المرأه التی لم یدخل بها زوجها، قال: لا یقع علیها ایلاء و لا ظهار»(۱) و غیره.

و لم یشترطه المفید والمرتضی(۲) و الدّیلمیّ و ابن زهره و الحلی و قد یستدل له اما باطلاق الآیه الکریمه او بمرسله ابن فضال المتقدمه بتقریب ان صحه الطلاق لیست مشروطه بالدخول فیلزم ان یکون الامر فی الظهار کذلک.

و فیه: اما بالنسبه الی اطلاق الآیه الکریمه فهو قابل للتقیید بصحیح محمد بن مسلم المتقدم , بل یمکن استفاده اشتراط الدّخول من الکتاب من قوله تعالی {ثُمَّ یَعُودُونَ لِمٰا قٰالُوا} فإنّ الظاهر أنّ المراد یعودون لما قالوا من ترک الوطی و العود إنّما یصدق إذا کان وطئ أوّلا .

و اما بالنسبه الی مرسله ابن فضال فهی تدل علی ان الظهار لا یصح فی المورد الذی لا یصح فیه الطلاق و لا تدل علی انه کلما صح الطلاق صح الظهار.

(و یکفی الدبر)

عند المصنف و لیس به نصّ خاصّ، کما و لایصدق أنّه دخل بها لانه خلاف المنصرف منه.

ص:۵۶

۱- وسائل الشیعه ۱۵: ۵۱۶ الباب ۸ من کتاب الظهار الحدیث ۲

۲- جواهر الکلام ۳۳: ۱۲۴

(و يقع الظهار بالرتقاء و القرناء و المريضه التى لا توطأ)

قلت: إذا كـان الـدّخول شـرطا و لم يرد نصّ باسـتثناء الثلاثه فلا وجه لما قاله إلّا من جهه أن يكون الـدّخول بهنّ من الـدبر و قد عرفت عدم كفايته.

حصيله البحث:

يصـحّ الظهـار من الكـافر و الأقوى صـحّته بملـك اليمين و يشترط الـدّخول فى تحقق الظهـار و لا يكفى الـدّبر, و لا يقع الظّهار بالرّتقاء و القرناء و المريضه اللواتى لم يوطأن .

و تجب الكفاره بالعود

(و تجب الكفاره بالعود و هى إراده الوطى بمعنى تحريم وطيها حتى يكفر)

اقول: يحرم بالظهـار وطء الزوجه قبـل التكفير كمـا هو صـريح الآيه الكريمه: {وَ الَّذِينَ يُظٰاهِرُونَ مِنْ نِسٰائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمٰا قٰالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَهٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسّٰا ...}(١) و صحيح الحلبى: «سألت ابا عبد اللّه (عليه السلام) عن الرجل يظاهر من امرأته ثم يريد ان يتم على طلاقها قال: ليس عليه كفاره. قلت: ان اراد ان يمسـها؟ قال: لا يمسـها حتى يكفّر. قلت: فان فعل فعليه شى ء؟ قال: اى و اللّه

١- المجادله: ٣

انه لآثم ظالم. قلت: علیه کفاره غیر الاولی؟ قال: نعم یعتق أیضا رقبه»(۱) و غیره.

و لا یجب التکفیر بمجرد التلفّظ من دون اراده العود و ذلک لظاهر الآیه الکریمه { ثُمَّ یَعُودُونَ لِمٰا قٰالُوا} یعنی یریدون العود إلی الوطی, و صحیح الحلبی السابق و صحیح علیّ بن مهزیار قال: کتب عبد اللّه بن محمّد إلی أبی الحسن علیه السّلام: أنّ بعض موالیک یزعم أنّ الرّجل إذا تکلّم بالظهار وجبت علیه الکفّاره حنث أو لم یحنث، و یقول: حنثه کلامه بالظّهار، و إنّما جعلت علیه الکفّاره عقوبه لکلامه، و بعضهم یزعم أنّ الکفّاره لا تلزمه حتّی یحنث فی الشیء الذی حلف علیه، و إن حنث وجبت علیه الکفّاره و إلّا فلا کفّاره علیه؟ فوقّع (علیه السلام) بخطّه «لا تجب الکفّاره حتّی یجب الحنث»(۲) و المراد من «حتّی یجب الحنث» حتّی یعزم علی الحنث, و غیرهما, بل یکفی لنفی ذلک القصور فی المقتضی بلا حاجه الی دلیل یدل علی النفی .

و کذلک تسقط الکفاره لو طلقها کما فی المستفیضه منها صحیحه محمّد بن مسلم، عن أحدهما علیهما السّلام- فی خبر-: و سألته عن رجل ظاهر من امرأته، ثمّ طلّقها قبل أن یواقعها علیه کفّاره؟ قال: لا»(۳).

۱- وسائل الشیعه ۱۵: ۵۲۷ الباب ۱۵ من کتاب الظهار الحدیث ۴

۲- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص ۱۵۷

۳- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص ۱۵۶

و أمّا ما فى صحيح حمران المتقدم (و كره اللّه ذلك للمؤمنين بعد فأنزل «وَ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا» يعنى لمّا قال الرّجل لامرأته: «أنت علىّ حرام كظهر أمّى» قال فمن قالها بعد ما عفا اللّه و غفر للرّجل الأوّل فإنّ عليه تحرير رقبه) (١) فخلاف ظاهر الايه و لعلّ التفسير ليس منه (عليه السلام) فلو كان المراد ما قال لقال: «ثمّ يعودون لما قال» لا «لِمَا قَالُوا فإنّه يرجع الضمير فيه إلى «و الّذين».

و اما ما فى مرسل موسى بن أكيل النميرىّ، عنه (عليه السلام) فى خبر «قيل: فإنّه راجعها؟ قال: إن كان إنّما طلّقها لإسقاط الكفّاره عنه، ثمّ راجعها، فالكفّاره لازمه له أبدا إذا عاود المجامعه، و إن كان طلّقها و هو لا ينوى شيئا من ذلك فلا بأس أن يراجع و لا كفّاره عليه»(٢) فالمراد و لا كفّاره عليه إذا راجعها و أمسكها بدون إراده مواقعه و الّا كان مخالفا للقران كسابقه .

و اما ما فى صحيح عبد الرّحمن بن أبى عبد اللّه، و الحسن بن زياد، عن الصّادق عليه السّلام: إذا طلّق المظاهر ثمّ راجع فعليه الكفّاره»(٣) فهو محمول على الرّجوع بإراده التّماس .

و لو وطئ قبل التكفير عامدا فكفارتان

(و لو وطئ قبل التكفير عامدا فكفارتان)

ص:۵۹

١- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۶ ص١۵٢ باب الظهار

٢- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۶ ص ١۵٩

٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ٨ ص ١٨

و اذا كفّر لإراده العود قبل الوطء فلا تجب عليه اخرى بعده، بخلاف ما لو وطئها بدون تكفير فانه تلزمه كفارتان احداهما للوطء و الاخرى لإراده العود كما هو المستفاد من صحيح الحلبى السابق و غيره, كما ذهب إليه الشّيخان و الدّيلميّ و القاضى و ابن حمزه و الحلىّ(۱) و الصدوق فى فقيهه(۲).

و ذهب الإسكافى إلى كون الكفّاره واحده، فقال: «فان وطئ لم يعاود الوطى ثانيا حتّى يكفّر». و يشهد له اطلاق صحيح زراره، عن الباقر عليه السّلام: إنّ الرّجل إذا ظاهر من امرأته ثمّ غشيها قبل أن يكفّر فإنّما عليه كفّاره واحده و يكفّ عنها حتّى يكفّر»(۳), و فيه: انه معارض لما تقدم , معارض بمفهوم صحيحه محمّد بن مسلم عن الباقر (عليه السلام) «الظّهار لا يقع على الحنث فإذا حنث فليس له أن يواقعها حتّى يكفّر، فإن جهل و فعل فإنّما عليه كفّاره واحده»(۴) الدال على انه ان لم يكن جاهلا لم تكن الكفاره واحده و النسبه بينهما العموم و الخصوص المطلق و حينئذ يحمل المطلق على المقيد .

۱- مختلف الشيعه فى أحكام الشريعه؛ ج ۷، ص۴۲۵، مسأله ۷۸

۲- من لا يحضره الفقيه؛ ج ۳ ص ۵۳۰

۳- تهذيب الأحكام ج ۸ ص: ۲۰ح ۳۷

۴- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ۸ ص ۱۹ ح۳۶

و قد يستدل له بصحيح الحلبى عن الصّادق (عليه السلام) «عن رجل ظاهر من امرأته ثلاث مرّات قال يكفّر ثلاث مرّات قلت: فإن واقع قبل أن يكفّر؟ قال: يستغفر اللّه و يمسك حتّى يكفّر»(۱), و فيه: ان دلالته من باب مفهوم اللقب و لا عبره به .

و اما خبر علىّ بن جعفر «عن آبائه، عن علىّ عليهم السّلام قال: أتى رجل من الأنصار من بنى النّجّار النّبىّ صلّى اللّه عليه و آله فقال: إنّى ظاهرت من امرأتى فواقعتها قبل أن أكفّر؟ قال: و ما حملك على ذلك، قال: رأيت بريق خلخالها و بياض ساقيها فى القمر فواقعتها، فقال النّبىّ صلّى اللّه عليه و آله: لا تقربها حتّى تكفّر، و أمره بكفّاره الظّهار و أن يستغفر اللّه»(۲) فمضافا لضعف سنده رده الشيخ بقوله: «ليس فيه أنّه أمره بكفّاره واحده أو كفّارتين فإذا احتمل ذلك فلا تنافى بين الأخبار».

و لو كرر الوطى تكررت الواحده

(و لو كرر الوطى تكررت الواحده و كفّاره الظهار بحالها)

و يشهد لذلك صحيح ابى بصير عنه عليه السّلام: «إذا واقع المرّه الثانيه قبل أن يكفّر فعليه كفّاره أخرى ليس فى هذا اختلاف»(۳) و بذلك افتى الشيخ فى مبسوطيه و القاضى و ابن حمزه إلّا أنّ الأولين أطلقاه و ابن حمزه فصل

۱- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۶ ص ۱۵۶
۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ۸ ص ۱۹ ح۳۵
۳- الكافى ج ۶ ص ۱۵۷ و جمله «ليس فى هذا اختلاف» ظاهرا من الراوى .

بتعدّدها إذا كفّر عن الوطى السابق و إلّا فلا تتعدّد ككفّاره الظّهار، و فصل الإسكافى تفصيلا آخر فقال: «و المظاهر إذا أقام على إمساك زوجته بعد الظّهار بالعقد الأوّل زمانا و إن قلّ فقد عاد لما قال، و لم يستحب له [و لم يستجز له ظ] أن يطأ حتّى يكفّر فإن وطئ لم يعاود الوطى ثانيا حتّى يكفّر، فإن فعل وجب عليه لكلّ وطى كفّاره إلّا أن يكون ممّن لا يجد العتق و لا يقدر على الصيام و كفّارته هى الإطعام فإنّه إن عاود إلى جماع ثان قبل الإطعام فالفقيه «لا يوجب عليه كفّاره أخرى لأنّ اللّه شرط فى العتق و الصيام أن يكون قبل العود و لم يشترط ذلك فى الإطعام و الاختيار و الظاهر أن لا يعاود إلى جماع ثان حتّى يتصدّق» و كأنه استند فى وجه تفصيله إلى أنّه تعالى قال فى العتق «فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسّا» و قال فى الصيام «فَصِيامُ شَهْرَيْنِ مُتَتابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسّا» و أمّا فى الإطعام فقال «فَإِطْعامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً» و لم يقل فيه «من قبل أن يتماسا».

قلت: و على ما ذكره يجوز لمن لمّ يجد رقبه و لم يستطع صياما و أراد الإطعام للكفّاره يجوز له وطى المرأه فى الأوّل قبل الإطعام و لم يقل به أحد. و فى الإطعام أيضا يقدّر «من قبل أن يتماسا» و إنّما كرّر فى الصيام تأكيدا و إلّا فالأوّل يكفى للأخيرين.

و هل لو طلقها و انقضت العدّه حلّت له من غير تكفير؟

(و لو طلقها بائنا أو رجعيا و انقضت العدّه حلّت له من غير تكفير)

للصحیح عن یزید الکناسی او برید بن معاویه «قال: سألت أبا جعفر (علیه السلام) عن رجل ظاهر من امرأته ثمّ طلّقها تطلیقه قال: إذا هو طلّقها تطلیقه فقد بطل الظّهار و هدم الطّلاق الظهار، فقلت: فله أن یراجعها؟ قال: نعم هی امرأته، فإن راجعها وجب علیه ما یجب علی المظاهر من قبل أن یتماسّا، قلت: فإن ترکها حتّی یحل أجلها و تملک نفسها ثمّ تزوّجها بعد ذلک هل یلزمه الظّهار من قبل أن یتماسّا؟ قال: لا قد بانت منه و ملکت نفسها- الخبر»(۱).

و فیه: انه مع معارضته لصحیح علیّ بن جعفر: سأل أخاه (علیه السلام) عن رجل ظاهر من امرأته، ثمّ طلّقها بعد ذلک بشهر أو شهرین فتزوّجت ثمّ طلّقها الذی تزوّجها فراجعها الأوّل هل علیه فیها الکفّاره للظّهار الأوّل؟ قال: نعم عتق رقبه أو صیام أو صدقه»(۲) خلاف ظاهر القرآن حیث أطلق فیه الکفّاره بالعود إلی الوطی و هو یشمل ما لو تزوّجها بعد العدّه و ما لو تزوّجها آخر و طلّقها ثمّ تزوّجها الأوّل .

و ما قاله المصنّف احد الاقوال فی المساله و هو للشیخ و القاضی و کذا ابن حمزه إلّا أنّه لم یفرّق بین البائن و الرّجعی فی عود الکفّاره إذا عقد فی العدّه فی الأولی کالرّجوع فیها فی الثانیه.

ص:۶۳

۱- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص۱۶۱ رواه عن الکناسی و الفقیه عن برید بن معاویه, و رواه التّهذیب مثل الکافی

۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان) ج ۸ ص ۱۷

و الثانی: اشتراط النّکاح بآخر سوی الخروج من العدّه فی سقوط الکفّاره و هو ظاهر الصّدوقین و المفید، فقال فی الفقیه: «و متی طلّق المظاهر امرأته سقطت عنه الکفّاره، فإن راجعها لزمته، فان ترکها حتّی یحلّ أجلها و یتزوجها رجل آخر و طلّقها أو مات عنها، ثمّ تزوّجها و دخل بها لم تلزمه الکفّاره» و لم نقف لهم علی مستند فی کونه کالطّلاق الثلاث محتاجا إلی المحلّل.

و الثالث: عدم سقوط الکفّاره أبدا و لو بعد زوج آخر و هو للدّیلمیّ و الحلبیّ فقالا: «إذا طلّق المظاهر قبل التکفیر فتزوّجت المرأه، ثمّ طلّقها الثانی أو مات عنها و تزوّجها الأوّل لم یحلّ له وطؤها حتّی یکفّر» و مال إلیه ابن زهره و الحلیّ حیث نقلاه و قالا بأنّ ظاهر القرآن معه، و هو المفهوم من إطلاق العمانیّ و القمّی قال الأوّل: «فإن طلّق المظاهر امرأته و أخرج جاریته من ملکه فلیس علیه کفّاره الظّهار إلّا أن یراجع امرأته أو یردّ مملوکته یوما إلی ملکه بشراء أو غیر ذلک فإنّه- إذا کان- لم یقربها حتّی یکفّر کفّاره الظهار».

و قال الثانی: «فإن طلّق امرأته أو أخرج مملوکته من ملکه قبل أن یواقعها فلیس علیه کفّاره الظهار إلّا أن یراجع امرأته أو یردّ مملوکته یوما، فإذا فعل ذلک فلا ینبغی له أن یقربها حتّی یکفّر»(1). و یشهد له صحیح علیّ بن جعفر المتقدّم و هو الاقوی .

ص:64

1- الکافی (ط - الإسلامیه) ج 6 ص 158

(و كذا لو ظاهر من أمته ثم اشتراها)

عند المصنف و لا- شاهد له, و ظاهر الآيه يقتضى بقاء تحريمها بعد الاشتراء كما مرّ فى سابقه عن القمّى و العمانىّ و هو لازم مذهب الدّيلمىّ و الحلبىّ .

و جوب تقديم الكفاره على المسيس

(و يجب تقديم الكفاره على المسيس)

قال تعالى «فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسّا» و قال «فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسّا».

و لو ماطل رافعته الى الحاكم

(و لو ماطل رافعته الى الحاكم فينظره ثلاثه أشهر حتى يكفّر و يفى ء أو يطلّق و يجبره على ذلك بعدها لو امتنع)

كما يشهد لذلك موثق ابى بصير: «سألت ابا عبد اللّه (عليه السلام) عن رجل ظاهر من امرأته قال: ان اتاها فعليه عتق رقبه او صيام شهرين متتابعين او اطعام ستين مسكينا و الّا ترك ثلاثه اشهر، فان فاء و الّا اوقف حتى يسأل: لك حاجه فى امرأتک او تطلقها؟ فان فاء فليس عليه شى ء و هى امرأته، و ان طلق واحده فهو املك برجعتها»(1).

1- وسائل الشيعه 15: 533 الباب 18 من كتاب الظهار الحديث 1

قیل: فان انقضت و لم یختر احد الامرین حبسه و ضیّق علیه فی المطعم و المشرب حتی یختار احدهما.

قلت: لکنه لا شاهد له و الموثق لا یدل علی التضییق فی المأکل و المشرب و اما الاستدلال له بالبناء علی التعدی من روایات باب الایلاء الداله علی التضییق(۱) الی باب الظهار فقیاس لا نقول به .

هذا و لو صبرت الزوجه بعد الظهار فلا اعتراض و ذلک باعتبار انها صاحبه الحق فمع تنازلها فلا موجب للاعتراض.

حصیله البحث:

تجب الکفّاره بالعود و هی إراده الوطئ بمعنی تحریم وطئها حتّی یکفّر، و لو وطئ قبل التّکفیر عامدًا فکفّارتان و لو کرّر الوطئ تکرّرت الواحده و کفّاره الظّهار بحالها، و لو طلّقها بائناً أو رجعیّاً و انقضت العدّه لم تحل له من غیر تکفیرٍ و کذا لو ظاهر من أمهٍ ثمّ اشتراها، و یجب تقدیم الکفّاره علی المسیس، و لو ماطل رافعته إلی الحاکم فینظره ثلاثه أشهرٍ حتّی یکفّر و یفی ء أو یطلّق و یجبره علی ذلک بعدها لو امتنع, و لو صبرت الزوجه بعد الظهار فلا اعتراض .

۱- وسائل الشیعه ۱۵: ۵۴۵ الباب ۱۱ من أبواب الایلاء.

(كتاب الإيلاء)

اشاره

الايلاء من الأليه و هى اليمين و هو لغه بمعنى مطلق الحلف. و الفعل آلى يؤلى و منه قوله تعالى {وَ لا يَأْتَلِ أُولُوا الْفَضْلِ مِنْكُمْ وَ السَّعَهِ أَنْ يُؤْتُوا أُولِي الْقُرْبى} أى لا يحلفون.

حقيقه الايلاء شرعا؟

و اما شرعا فالأصل فيه قوله تعالى {لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَهِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فاؤُ فَإِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ* وَ إِنْ عَزَمُوا الطَّلاقَ فَإِنَّ اللّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ}(۱) فانه قد كان فى الجاهليه نحوا من الطلاق كالظهار، فاذا غضب الزوج على زوجته حلف على عدم مواقعتها قاصدا بذلك تضييق الخناق عليها فلا يطلق سراحها كما فى الطلاق لتتزوج من غيره و لا يعود اليها ليعيش معها.

و قد جاء قوله تعالى الانف الذكر متعرضا الى حكم الايلاء و محددا للفتره التى يتمكن الزوج فيها من اتخاذ القرار النهائى، و هى اربعه أشهر فاما ان يعود و يعيش معها او يخلى سبيلها بالطلاق .

و هو الحلف على ترك وطى الزوجه الدائمه أبدا

(و هو الحلف)

ص:۶۷

۱- البقره: ۲۲۶- ۲۲۷.

و یـدلّ علی أنّه الحلف لاـ مجرّد الترک صـحیح الحلبیّ، عن الصّـادق (علیه السـلام) عن الرّجـل یهجر امرأته من غیر طلاق و لا یمین سـنه لم یقرب فراشها؟ قال: لیأت أهله- الخبر»(۱) و به عمل الفقیه(۲) و صـحیح حفص بن البختریّ، عنه علیه السّلام- فی خبر- فإن ترکها من غیر مغاضبه أو یمین فلیس بِمُؤْلٍ»(۳).

(علی ترک وطی الزوجه الدائمه أبدا أو زیاده علی أربعه أشهر)

امـا اعتبار دوام العقـد فلا یقع فی المنقطعه و لا فی ملک الیمین فیـدل علی الاول قوله تعالی: وَ إِنْ عَزَمُوا الطَّلٰاقَ ... فانه ظاهر فی اعتبار قبول الزوجه المؤلّی منها للطلاق و هو لا یتم الّا فی الدائمه, و ان من لوازم صحه الایلاء جواز مطالبه الزوجه بالوطء، و هو لا یتم الّا فی الدائمه.

و صحیحه عبد اللّه بن ابی یعفور عن ابی عبد اللّه علیه السّلام: «لا ایلاء علی الرجل من المرأه التی یتمتع بها»(۴).

خلافا لما هو المنسوب الی السید المرتضی من وقوعه بالمتمتع بها تمسکا بعموم الآیه الکریمه الذی لا یخصصه عود الضمیر الی البعض. و جواز

۱- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص ۱۳۰ح۲

۲- من لا یحضره الفقیه ج ۳ ص ۵۲۴

۳- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص ۱۳۳ ح۱۲

۴- تهذیب الاحکام ج۸: ۸ الرقم ۲۲

المطالبه بالوطء لم يثبت كونه من لوازم مطلق الايلاء بل خصوص الايلاء المتعلق بالزوجه الدائمه(۱).

و فيه: ان الصحيحه المتقدمه تخصص الايه كما و ان عود الضمير الى البعض اذا لم يستلزم التخصيص, فلا أقلّ من كونه موجبا للاجمال و نتيجته عدم انعقاد العموم، و معه يرجع الى الاستصحاب بلا مانع و ذلک لانه اذا شک فی ترتب الاثر بايلاء المتمتع بها يستصحب عدم ترتب الاثر لو فرض القصور فی المقتضی.

و يدل علی عدم وقوعه فی ملک اليمين صحيح البزنطی عن الرّضا عليه السّلام: «سألته عن الرّجل يؤلی من أمته، فقال: لا كيف يؤلی و ليس لها طلاق»(۲).

و اما اعتبار ان تكون الفتره المحلوف علی ترک الوطء فيها تزيد علی اربعه اشهر فيستفاد من القران الكريم لأنّ قوله تعالی {لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَهِ أَشْهُرٍ} دال علی أنّه لا أثر فی الأربعه أو الأقلّ منها وانما الايلاء فی ما زاد عليها حتی تتربص اربعه اشهر و تدل علی ذلک ايضا صحيحه حفص بن البختری عن ابی عبد اللّه عليه السّلام: «اذا غاضب الرجل امرأته فلم يقربها من غير يمين اربعه أشهر استعدت عليه فاما ان

۱- جواهر الكلام ۳۳: ۳۰۸

۲- قرب الإسناد (ط - الحديثه) ص ۳۶۳

يفی ء و اما ان يطلق فان تركها من غير مغاضبه او يمين فليس بمؤل»(1) فانه يستفاد منها انه يكون مؤليا لو ترك وطأها اربعه اشهر عن يمين.

و خبر زراره عن ابی جعفر عليه السّلام: «قلت له: رجل آلی ان لا يقرب امرأته ثلاثه أشهر فقال: لا يكون ايلاء حتی يحلف علی اكثر من اربعه اشهر»(2), لكنه ضعيف سندا من ناحيه القاسم بن عروه فانه لم تثبت وثاقته.

(للإضرار بها)

دون ما اذا لم يكن كذلك، كما اذا حلف علی ذلك حفاظا علی صحته أو صحتها, كما تشهد لذلك موثقه السكونی عن ابی عبد اللّه عليه السّلام: «اتی رجل امير المؤمنين فقال: يا امير المؤمنين ان امرأتی ارضعت غلاما و انی قلت: و اللّه لا اقربك حتی تفطميه فقال: ليس فی الاصلاح ايلاء»(3), و صحيحه حفص بن البختری المتقدمه.

1- وسائل الشيعه 15: 535 الباب 1 من أبواب الايلاء الحديث 2.

2- وسائل الشيعه 15: 538 الباب 6 من أبواب الايلاء الحديث 2.

3- وسائل الشيعه 15: 537 الباب 4 من أبواب الايلاء الحديث 1.

و یشترط فیها الـدخول ایضا و ذلک للروایات الخاصه، کصـحیحه محمـد بن مسـلم عن ابی جعفر و ابی عبد اللّه علیهما السّلام: «فی المرأه التی لم یدخل بها زوجها قال: لا یقع علیها ایلاء و لا ظهار»(۱) و غیرها(۲).

و یمکن الاسـتدلال له بالقرآن فإذا کان الإیلاء هو الحلف علی ترک الوطی فمعنی الفی ء الرّجوع إلی الوطی و لا بـدّ أن یکون وطی أوّلا حتّی یصدق فی ء أخیرا.

هـذا و مع فقـدان بعض القیود المذکوره لا ینعقد الحلف ایلاء لان ذلک من مقتضـی الشـرطیه و من لوازمها , و ان انعقد یمینا و ترتبت علیه آثاره اذا اجتمعت شروطه لان الایلاء یمین و لا وجه للتوقف فی انعقاده یمینا بعد فرض توفر شرائط ذلک.

و لا ینعقد الّا باسم اللّه تعالی متلفّظا به

(و لا ینعقد الّا باسم اللّه تعالی متلفّظا به بالعربیه و غیرها)

لانه فرد من الیمین فیعتبر فیه ما یعتبر فی الیمین کما تقدم کما و یمکن اسـتفاده ذلک من الروایات الخاصه، کصحیحه ابی بصیر عن ابی عبد اللّه

۱- وسائل الشیعه ۱۵: ۵۱۶ الباب ۸ من کتاب الظهار الحدیث ۲.

۲- یمکن مراجعه بقیه الروایات فی وسائل الشیعه ۱۵: ۵۳۸ الباب ۶ من أبواب الایلاء.

عليه السّلام: «سألته عن الايلاء ما هو؟ فقال: هو ان يقول الرجل لامرأته: و اللّه لا اجامعك كذا و كذا ...»(۱).

و هل يشترط فيه اللفظ الصريح؟

(و لا بد من اللفظ الصريح كإدخال الفرج فى الفرج أو اللفظه المختصه بذلک و لو تلفظ بالجماع و الوطى و أراد الإيلاء صح)

قلت: الأخبار لا تدلّ على اشتراط لفظ مخصوص فيه بل ما يدلّ عليه عرفا كما فى صحيح بريد بن معاويه «عن الصّادق عليه السّلام: إذا آلى الرّجل أن لا يقرب امرأته و لا يمسّها و لا يجمع رأسه و رأسها فهو فى سعه ما لم تمض الأربعه أشهر- الخبر»(۲).

و صحيح الحلبىّ، عنه (عليه السلام) فى خبر: و الإيلاء أن يقول: لا و اللّه لا أجامعك كذا و كذا، و يقول: و اللّه لأغيظنّک، ثمّ يغاضبها فإنّه تربّص بها أربعه أشهر- الخبر»(۳) و مثله أيضا صحيح أبى بصير(۴) و الظاهر أنّ قوله: «و يقول» بمعنى «أو يقول» أو مصحّفه بقرينه خبر أبى الصبّاح الآتى المقتصر فيه على «لأغيظنّک و لأسوءنّک» و لو لا ما قلنا لكانا دالّين على عدم كفايه لا أجامعك حتّى يضمّ إليه «و اللّه لأغيظنّک» و لم يقل به أحد.

۱- وسائل الشيعه ۱۵: ۵۴۱ الباب ۹ من أبواب الايلاء الحديث ۱.

۲- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۶ ص ۱۳۰ح ۱

۳- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۶ ص ۱۳۰ح ۲

۴- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۶ ص ۱۳۲ح ۹

و خبر أبی الصبّاح الکنانی، عنه علیه السّلام- فی خبر- و قال: الإیلاء أن یقول الرّجل لامرأته و اللّه لأغیظنّک و لأسوءنّک، ثمّ یهجرها و لا یجامعها حتّی تمضی أربعه أشهر- الخبر»(۱)

و اما ما قیل: من انه لا یقع بمثل المباضعه، و الملامسه و المباشره التی یعبر بها عنه کثیرا و إن قصده، لاشتهار اشتراکها، خلافا لجماعه حیث حکموا بوقوعه بها(۲).

ففیه: ان القدماء بین من أضرب عن ذکر الصیغه و عرّفه بالحلف علی ترک الجماع أو المقاربه کالمفید و الدّیلمیّ و الشیخ فی نهایته و الحلبیّ و ابن حمزه و ابن زهره و کذا علیّ بن بابویه و الإسکافیّ، و من ذکر وقوعه بما هو کنایه عنه کالصّدوق و العمانی، و بعضهم صرّح بالوقوع بها کالشّیخ فی مبسوطیه و القاضی.

(و لو کنی بقوله: لا جمع رأسی و رأسک مخدّه، أو لا ساقفتک و قصد الإیلاء حکم الشیخ) فی المبسوط (بالوقوع) و أمّا فی الخلاف فقال بعدم الوقوع فقال: «إذا قال: «و اللّه لا جمع رأسی و رأسک شی ء لا ساقف رأسی

۱- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص ۱۳۲ح۷

۲- الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه (ط - کلانتر)؛ ج ۶، ص: ۱۵۱

و رأسک لا جمع رأسی و رأسک مخدّه و کذلک و اللّه لأسوءنّک و اللّه لأطیلنّ غیبتی عنک» کل هذا لا ینعقد بها الإیلاء- إلخ»(۱) و تبعه الحلیّ.

و قد صرّح العمانیّ و کذا الصّدوق أیضا بالوقوع، قال الأوّل: «و الإیلاء عندهم علیهم السّلام أن یقول الرّجل لامرأته: «و اللّه لأغیظنّک و لأسوءنّک» ثمّ یسکت عنها و یعتزل فراشها». و قال الثانی: «الإیلاء أن یقول لها: و اللّه لأغیظنّک و لأسوءنّک و لا أجامعک إلی کذا و کذا».

و یدلّ علی الوقوع الأخبار المتقدّمه کصحیح برید و غیره.

(و لا بد من تجریده عن الشرط و الصفه(۲))

ذهب إلیه الشّیخ فی خلافه و تبعه ابن حمزه و ابن زهره و الحلیّ، و ذهب فی مبسوطه إلی عدم اشتراطه لعدم دلیل فیه علی المنع کما فی الطّلاق و العتاق و یدل علی الصحه عموم القرآن السالم عن المعارض.

و لا یقع لو جعله یمینا أو حلف بالطلاق و العتاق

(و لا یقع لو جعله یمینا أو حلف بالطلاق و العتاق)

ص:۷۴

۱- الخلاف مساله ۷ من مسائل الإیلاء

۲- أما تعلیقه علی الشرط کقولک: إن قدم زید, و أما تعلیقه علی الصفه کقولک: إن طلعت الشمس, و الفرق بین الشرط و الصفه: أن الشرط ممکن الوقوع فإن القدوم ممکن. و الصفه متحققه الوقوع کطلوع الشمس.

کأن یقول إن وطأتک ففلانه - إحدی زوجاته - طالق أو عبده حر، و عدم انعقاده لأنه یمین بغیر اللّه تعالی , و الظاهر أنّ الأصل فی کلام المصنّف قول الشیخ فی خلافه فقال: «إذا قال: «إن أصبتک فأنت علیّ حرام» لم یکن مؤلیا- إلی- إنّ الیمین لا ینعقد فی الإیلاء إلّا باسم من أسماء اللّه، و هذا لیس من ذلک- إلخ», وقال ایضا «إذا قال: «إن أصبتک فللّه علیّ أن أعتق عبدی» لا یکون مؤلیا- إلی- دلیلنا ما قلناه فی الأولی سواء»(۱).

شرائط المؤلی

(و یشترط فی المؤلی الکمال بالبلوغ و العقل و الاختیار و القصد)

الی مدلوله و اشتراطها واضح لعدم تحقق القصد منهم بعد کون الایلاء من الافعال القصدیه .

و هل یجوز الایلاء من العبد؟

(و یجوز من العبد)

قال بجوازه من العبد الشیخ فی المبسوطین و نقل فی «الخلاف» عن مالک: أنّ الزّوج إذا کان عبدا فالمدّه شهران، و عن أبی حنیفه: أنّ الزّوجه إذا کانت أمه فالمدّه شهران، و هو قال: «المدّه أربعه أشهر سواء کان الزّوج حرّا أو عبدا و سواء کانت الزّوجه حرّه أو أمه بدلیل إطلاق الآیه و ما ورد من الرّوایه».

۱- الخلاف کتاب الایلاء (مسأله ۱۰ و ۱۱)

اقول: اما اطلاق الایه فمقید بما دل علی عدم جوازه من العبد أصلا لأنّ الإیلاء یمین کما ورد ذلک فی صحیح منصور بن حازم، عنه علیه السّلام: قال النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله: لا یمین لولد مع والده، و لا لمملوک مع مولاه، و لا لمرأه مع زوجها-الخبر»(۱) و به عمل الفقیه(۲) وغیره من الاخبار(۳), و اما ما قال من الروایه فلم نقف علیها حتی تعارض ما سبق .

(و الذمّی)

کما ذکره الشیخ فی المبسوطین و نقل «الخلاف» جوازه عن أبی حنیفه و الشّافعیّ و عدمه عن أبی یوسف و محمّد، و استدلّ بعموم الآیه و تبعه القاضی، و ردّه ابن ادریس بأنّه قال فی الظّهار: لا یصحّ من الکافر لاحتیاج کفّارته إلی نیّه القربه منه، قال ابن ادریس: و لا فرق بینهما، و قال: بل یحسن قول «اقلب تصب» لأنّ الإیلاء لا یکون إلّا باللّه و أسمائه و الکافر لا یعرف اللّه قال: فالأولی أن یصحّ منه لأنّ ما احتجّ به لعدم صحّته الظّهار قائم فی الإیلاء من الذّمّی».

قلت: الاقوی صحته من الکافر و لا یختص بالذمی لاطلاق الایه المتقدمه اذا ما تحقق الحلف منه بالله تعالی .

۱- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۷ ص ۴۴۰

۲- من لا یحضره الفقیه ج ۳ ص ۳۶۰

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۴۳۹ح ۱

حصيله البحث:

الإيلاء: هو الحلف على ترک وطئ الزّوجه الدّائمه لا المنقطعه و لا المملوکه , أبدا أو مطلقاً أو زيادهً على أربعه أشـهرٍ، للإضرار بها و يشترط کونها مـدخولاً بها , و لا ينعقـد الإيلاء إلّا باسم اللّه تعالى متلفّظاً به بالعربيّه و غيرها، و لايشترط فيه لفظ مخصوص بـل کـل مـا يـدلّ عليه عرفـا، و لو کنّى بقوله: لا جمع رأسـى و رأسک مخـدّهٌ أو لا ساقفتک، و قصـد الإيلاء صـح, و لا يشترط تجريده عن الشّرط و الصّفه، و لا يقع لو جعله يميناً أو حلف بالطّلاق أو العتاق کأن يقول إن وطأتک ففلانه - إحدى زوجاته - طالق أو عبده حر , و يشترط فى المولى الکمال و الاختيار و القصد، و لا يجوز من العبد و يصح من الکافر .

و إذا تم الإيلاء فللزوجه المرافعه مع امتناعه عن الوطى

(و إذا تم الإيلاء)

و صبرت الزوجه فلا اعتراض و ذلک باعتبار انها صاحبه الحق و لصاحب الحق التنازل عن حقه.

و اما انها اذا لم تصبر (فللزوجه المرافعه مع امتناعه عن الوطى)

کما تقـدم فى صـحيحه حفص بن البخترى عن ابى عبد اللّه عليه السّـلام: «اذا غاضب الرجل امرأته فلم يقربها من غير يمين اربعه أشهر استعدت عليه فاما

ص:٧٧

ان یفی ء و اما ان یطلق...»(۱) و غیرها مما سیأتی, و للحاکم الحق فی الزامه بأحد الامرین عند انتهاء المده للنصوص الاتیه مضافا الی ان ذلک لازم جواز رفع القضیه الی الحاکم و الّا کان رفعها الیه لغوا, هذا هو الاقوی و اما المصنف فقال:

(فینظره الحاکم أربعه أشهر، ثم یجبره بعدها علی الفئه(۲) أو الطلاق)

و ذهب إلی ما قال من کون الأربعه من الحاکم، المفید و الحلبیّ و القاضی و ابن حمزه و الحلیّ و الشیخ فی نهایته و مبسوطیه.

و یمکن الاستدلال لهم بصحیح البزنطیّ، عن الرّضا علیه السّلام: سأله صفوان و أنا حاضر عن الإیلاء فقال: إنّما یوقف إذا قدّمه إلی السّلطان فیوقفه السّلطان أربعه أشهر، ثمّ یقول: إمّا أن تطلّق و إمّا أن تمسک»(۳).

۱- وسائل الشیعه ۱۵: ۵۳۵ الباب ۱ من أبواب الایلاء الحدیث ۲.

۲- المراد من الفئه فی عباره المصنف هو الرجوع لکنه لیس بصحیح و اول من عبر بذلک المحقق فی الشّرائع و تبعه المصنف و اما انه لیس بصحیح فلئن مصدر فاء «فی ء» و «فیئه»، لا «فئه» و الصّحاح ذکر الفئه فی «فأی» و کذا القاموس لکن غفلا فذکراها فی «فیأ» بالهمز أخیرا أیضا و لا یصحان معا بل أحدهما الصحیح و قال ابن برئ فی تعلیقه علی الصحاح: «إنّه و هم» و لکن جعله ابن درید من فاء فقال: «و الفئه: الجماعه من النّاس یفیئون إلی الرئیس» لکن لم یجعله بغیر معنی الجماعه ذکره فی مجلّده الأوّل، و قال فی الثالث «الفئه الجماعه من النّاس», و بالجمله «الفئه» من «فاء» کان أو «فأی» بمعنی کما عبّر لا الرجوع کما استعملاه، و إنّما الفیئه بمعنی الرّجوع قال ابن درید: «الفیئه من قولهم فاء فیئه حسنه».

۳- قرب الإسناد (ط - الحدیثه) ص ۳۶۲

و خبر أبی مریم، عن الصّادق علیه السّلام: «عن رجل آلی من امرأته، قال: یوقف قبل الأربعه أشهر و بعدها»(۱) .

و صحیح أبی بصیر، عن الصّادق علیه السّلام- فی خبر- و فیه و إن رفعته إلی الإمام أنظره أربعه أشهر، ثمّ یقول له بعد ذلک: إمّا أن ترجع إلی المناکحه و إمّا أن تطلّق، فإن أبی حبسه أبدا»(۲), و مثلها مرسله العیّاشیّ فی تفسیره عن العبّاس بن هلال.

اقول: المفهوم من الأخبار الکثیره کصحیحتی حفص(۳) و الحلبی(۴) المتقدمتین و صحیح برید بن معاویه و بکیر بن أعین عن الباقر و الصّادق علیهما السّلام قالا: «إذا آلی الرّجل أن لا یقرب امرأته فلیس لها قول و لا حقّ فی الأربعه أشهر و لا إثم علیه فی کفّه عنها فی الأربعه أشهر، فإذا مضت الأربعه الأشهر قبل أن یمسّها فسکتت و رضیت فهو فی حلّ وسعه فإن رفعت أمرها قیل له: فإمّا أن تفی ء فتمسّها، و إمّا أن تطلّق و عَزْمُ الطّلاق أن یخلّی عنها فإذا حاضت و طهرت طلّقها و هو أحقّ رجعتها ما لم تمض ثلاثه قروء، فهذا الإیلاء الذی أنزله اللّه تعالی فی کتابه و سنّه رسوله»(۵) و

ص:۷۹

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان) ج ۸ ص ۵

۲- وسائل الشیعه، ج ۲۲، ص: ۳۴۹ ح ۶

۳- وسائل الشیعه ۱۵: ۵۳۵ الباب ۱ من أبواب الایلاء الحدیث ۲.

۴- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص ۱۳۰ ح۲

۵- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص ۱۳۱

غیرها: أنّ للزّوجه المرافعه بعد أربعه أشهر لا قبلها فعلیه هذه الطائفه من الروایات معارضه بتلک الاخبار المستفیضه، بل دلّت الآیه علیه فقال تعالی {لِلَّذِینَ یُؤْلُونَ مِنْ نِسٰائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَهِ أَشْهُرٍ - الآیه}.

و ذهب إلی العمل بمضمون هذه الأخبار العمانی و الإسکافیّ، و هو المفهوم من الشیخ فی تهذیبیه و هو ظاهر الکافی حیث اعتمدها، و الفقیه حیث اعتمد صحیح الحلبیّ، عن الصادق علیه السّلام- فی خبر- فیه «ثم یؤخذ بعد الأربعه الأشهر فیوقف- الخبر»(1) و الظاهر ان الطائفه الاولی محموله علی التقیّه, و علی تقدیر استقرار التعارض تترجح الطائفه الثانیه لموافقتها لظاهر الکتاب الکریم الدال علی اتحاد وقت الایلاء و التربص .

و لا یجبره الحاکم علی أحدهما عینا

(و لا یجبره الحاکم علی أحدهما عینا)

ظاهر الصّدوق و الدّیلمی و الحلبیّ الإجبار علی خصوص الطّلاق، قال الأوّل: «فإنّ أبی أن یجامع قیل له: طلّق فإن فعل و إلّا جعل فی حظیره من قصب و شدّد علیه فی المأکل و المشرب حتّی یطلّق»، و قال الثانی: «و إن أقام علی الیمین و أبی الرجوع ألزمه الطّلاق» و قال الثالث: «فإن فعل و إلّا ألزمه الطّلاق».

1- من لا یحضره الفقیه ج 3 ص524

و یـدل علی ما قال المصـنف من عـدم الإجبار علی أحدهما عینا النصوص المسـتفیضه منها صـحیح برید بن معاویه عن الصّادق (علیه السلام) ففیه: فإذا مضت أربعه أشهر وقف فإمّا أن یفیی ء فیمسّها، و إمّا أن یعزم علی الطّلاق فیخلّی عنها- الخبر»(۱).

و صحیح برید و بکیر، عن الباقر و الصّادق علیهما السّلام المرویّ فی ۴ منه «فإن رفعت أمرها قیل له فإمّا أن یفیی ء فتمسّها و إمّا أن تطلّق»(۲), و غیرهما.

و یدلّ علی الجبر علی الطّلاق إذا لم یفی ء صحیح الحلبیّ ففیه «فإن لم یفی ء جبر علی أن یطلّق»(۳).

و صحیح أبی بصیر، عن الصّادق (علیه السلام) و فیه «و إن لم یفی ء جبر علی أن یطلّق- الخبر»(۴).

و خبر حمّـاد بن عثمـان، عنه (علیه السـلام) «فی المؤلی إذا أبی أن یطلّق کـان أمیر المؤمنین (علیه السـلام) یجعـل له حظیره من قصب و یحبسه فیها و یمنعه من الطعام و الشراب حتّی یطلّق»(۵) و مثله خبر غیاث بن إبراهیم عنه (علیه السلام) «کان أمیر

۱- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص ۱۳۰
۲- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص ۱۳۱
۳- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص ۱۳۰
۴- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص۱۳۲
۵- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص۱۳۳ ح ۱۰

المؤمنين (علیه السلام) إذا أبی المؤلی أن یطلّق جعل له حظیره من قصب و أعطاه ربع قوته حتّی یطلّق»(1) .

و یمکن الجمع بینها بأنه ابتـداءً یخیّر، فإن اختار أحـدهما فهو، و إن لم یختر یجبر علی الطّلاق، و الطّلاق بیده فإذا لم یطلّق جعل له حظیره تعزیرا حتی یطلق فاذا امتنع المؤلی من اختیار احد الامرین فللحاکم التصدی للطلاق و ذلک لموثق سماعه: «... و ان لم یف بعد اربعه اشـهر حتی یصالح اهله او یطلّق جبر علی ذلک و لا یقع طلاق فیما بینهما حتی یوقف و ان کان بعد الاربعه اشـهر فان أبی فرّق بینهما الامام»(2).

و لو آلی مده حتی انقضت المده سقط حکم الإیلاء

(و لو آلی مده معینه و دافع حتی انقضت المده سقط حکم الإیلاء)

لانتفاء موضوعه، و إنّما یبقی لو کان إیلاؤه إلی الأبد.

(و لو اختلفا فی انقضاء المده، قدم قول المدعی للبقاء)

مع یمینه لأصاله عدم الانقضاء .

(و لو اختلفا فی زمان وقوع الإیلاء حلف من یدعی تأخره)

ص:82

1- الکافی (ط - الإسلامیه) ج 6 ص133 ح13

2- وسائل الشیعه 15: 542 الباب 9 من أبواب الایلاء الحدیث 4

لأصاله عـدم التقدم , و الأصل فی قول المصـنّف الشّرائع نظرا الی انه یمکن وقوع الدعوی من کل منهما فتدعی هی تأخر زمان الایلاء إذا کان مقـدرا بمـده لم تمض قبل المـده المضـروبه فترافعه لیلزم بأحـدهما، و یدعی تقدمه علی وجه تنقضـی مدته قبل المـده المضـروبه لیسـلم من الإلزام بأحدهما و قد یدعی تأخره علی وجه لا تتم الأربعه المضـروبه، لئلا یلزم إذا جعلنا مبدأها من حین الإیلاء. و تدعی هی تقدمه لتتم.

و ذهب الشـیخ إلی تقـدّم قول الرّجل فی المبسوط و القاضـی و قـد ذکر المبسوط کون الأصل مع الرجل فقال بعـد الحکم بأنّ القول قول من یـدّعی عـدم الانقضاء و هو الزّوج: «و کذلک إن اختلفا فی ابتداء المده لأنّ الأصل إن لا یمین»(۱) یعنی لا یمین متقدمه, قلت: و الشیخ حصر دعوی ذلک من الرجل فلا ینافی ما تقدم .

حصیله البحث:

و إذا تمّ الإیلاـء و صـبرت الزوجه فلاـ اعـتراض و الّـا فـان لم یقربهـا اربعه أشـهر فللزّوجه المرافعه مـع امتنـاعه عن الوطئ فیخیره الحـاکم بین الرجوع أو الطّلاق و لا یجبره علی أحـدهما عیناً، و لو آلی مـدّهً معیّنهً و دافع حتّی انقضت سـقط حکم الإیلاء، و لو اختلفا فی انقضاء المدّه قدّم قول مدّعی البقاء، و لو اختلفا فی زمان إیقاع الإیلاء حلف من یدّعی تأخّره.

ص:۸۳

۱- المبسوط فی فقه الإمامیه؛ ج ۵، ص: ۱۳۴

هل يصح الإيلاء من الخصى و المجبوب؟

(و يصح الإيلاء من الخصى و المجبوب)

و المجبوب هو الـذى قطع ذكره, و الاصـل فى هـذا الفرع المبسوط فقوّى صـحّته من المجبوب لعموم الآـيه، و إطلاـق الروايات المتقدمه.

و قيل: بعدم الوقوع لأن متعلق اليمين ممتنع كما لو حلف أن لا يصـعد إلى السماء، و لأن شرطه الإضرار بها. و هو غير متصور هنا و هو الاقوى , و بذلك لا يبقى مجال لقول المصنف: (و فئته العزم على الوطى مظهرا له معتذرا من عجزه)

(و كـذا) رجوع (الصـحيح لو انقضت المده) يكون بالعزم على الوطى مظهرا له (و) ان كان (له مانع) عقلى كالمرض، أو شـرعى كـالحيض، أو عـادى كـالتعب, من الوطئ ففى صـحيح أبى بصـير، عن الصّـادق عليه السّـلام- فى خبر- و فيه «فـإن فـاء و هو أن يصالح أهله فإنّ اللّه غفور رحيم- الخبر»(۱).

و هل تجب الكفاره فى الايلاء ام لا؟

(و متى وطئ لزمته الكفاره)

عند المصـنف و قيل: ان لزوم الكفاره مما لا اشكال فيه من جهه تحقق حنث اليمين, و منه يتضح الوجه فى كونها ككفاره حنث اليمين.

۱- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۶ ص ۱۳۲

قلت: ظاهر قوله تعالی {لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسٰائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَهِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فٰاؤُ فَإِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ* وَ إِنْ عَزَمُوا الطَّلاٰقَ فَإِنَّ اللّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ}(۱) عدم لزوم الکفاره مطلقا { فإنَّ اللّه غفور رحيم}.

و هو المفهوم من العمانیّ و الإسکافی فقال الأوّل: «و الحدّ الذی یجب علی المرأه أن تسکت أربعه أشهر، فإذا مضت فالأمر إلی المرأه إن شاءت سکتت و أقامت علی غضبه ما بدا لها حتّی یرضی، و إن شاءت رافعته و إذا هی رافعته واقف الحاکم الزّوج فإمّا أن یفیی ء أو یرجع إلی حاله الأولی من الرّضا و إن شاء أن یعزم الطّلاق منذ یوم تخیّره الحاکم بین الإبقاء و الطّلاق».

و قال الثانی: «و إذا کان مؤلیا فمضت أربعه أشهر و هو قادر علی الجماع فلم یجامعها و لم تطالب هی بالفیی ء لم یلزمه شی ء فإن تجاوزت و طالبت أوقفه الإمام، فإمّا أن یفیی ء إلی الجماع أو یطلّق» و هو المفهوم من المقنع حیث قال: «و الإیلاء أن یقول الرّجل لامرأته «و اللّه لأغیظنّک و لأشقّ علیک و لأسوءنّک و لا أجامعک إلی کذا و کذا» فیتربّص به أربعه أشهر فإن فاء و هو أن یصالح أهله و یجامع فإنّ اللّه غفور رحیم، و إن طلّق فإنّ اللّه سمیع علیم، و إن أبی أن یجامع قیل له: طلّق» و هو المفهوم من الکافی حیث عقد بابا للإیلاء(۲) و روی فیه ثلاثه عشر خبرا فی مختلف أحکامه و لم

۱- البقره: ۲۲۶- ۲۲۷.

۲- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص ۱۳۰

یرو فیه خبرا له فی الکفّاره، ثمّ عقد بابا لاشتراط الدّخول فی الإیلاء و روی فیه أربعه أخبار.

و أمّا استدلال الخلاف بآیه الیمین ففیه: ان الیمین علی الترک بعد أربعه أشهر معصیه و لا أثر للیمین فی المعصیه، و أمّا فی الأربعه أشهر فإنّه و إن لم یکن الوطی واجبا لکن إذا کانت طالبه له کان مستحبّا و الیمین علی ترک المستحبّ أیضا لا تنعقد، کما فی موثق زراره، عن الباقر علیه السّلام: الرّجل یحلف بالأیمان المغلّظه أن لا یشتری لأهله شیئا، قال: فلیشتر لهم و لیس علیه شی ء فی یمینه»(۱).

بل یدلّ علی عدمه ما ورد من انه لا یجوز یمین فی تحریم حلال و لا فی خطوات الشیطان کما فی صحیح ابن مسلم ففیه: «...فقال أنا قاضٍ فی ذا قل لها فلتأکل معها و لیظلّها و إیّاها سقف بیت و لا تمشی و لا تعتق و لتتّقِ اللّه ربّها و لا تعد إلی ذلک فإنَّ هذا من خطوات الشَّیطان»(۲) .

و خبر عبد اللّه بن سنان، عن الصّادق علیه السّلام: «لا یجوز یمین فی تحلیل حرام و لا تحریم حلال- الخبر»(۳) و مثله فی الدلاله صحیح ابن محبوب عن خالد بن جریر عن ابی الربیع الشامی(۴).

۱- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۷ ص ۴۴۲ باب ما لا یلزم من الأیمان و النذور ح۱۴

۲- وسائل الشیعه، ج ۲۳، ص: ۲۲۰ح۱۰

۳- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۷ ص ۴۳۹

۴- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان) ج ۸ ص ۲۸۵

و العدم أيضا ظاهر عليّ بن إبراهيم القمّيّ حيث قال في تفسيره: و أمّا قوله: «لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ- إلى- فَإِنَّ اللّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ» فإنّه حدّثني أبي... و روى خبر أبي بصير عن الصّادق (عليه السلام) «الإيلاء أن يحلف الرّجل على امرأته أن لا يجامعها، فإن صبرت عليه فله أن تصبر، و إن رفعته إلى الإمام أنظره أربعه أشهر، ثمّ يقول له بعد ذلك: إمّا أن ترجع إلى المناكحه و إمّا أن تطلّق و إلّا حبستك أبدا»، و روى عن أمير المؤمنين (عليه السلام) أنّه بنى حظيره من قصب و جعل فيها رجلا آلى من امرأته بعد أربعه أشهر، و قال له: إمّا أن ترجع إلى المناكحه و إمّا أن تطلّق و إلّا أحرقت عليك الحظيره» .

و من الغريب استدلال الخلاف على الكفّاره بما روى «عن النّبيّ صلّى اللّه عليه و آله أنّه قال: من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا فليأت الذى هو خير و ليكفّر عن يمينه» مع انّه خبر عامّيّ تردّه أخبارنا، ففي صحيح سعيد الأعرج «عن الصّادق (عليه السلام) سأله عن الرّجل يحلف على اليمين فيرى أن تركها أفضل- إلى- قال: أما سمعت قول النّبيّ صلّى اللّه عليه و آله: إذا رأيت خيرا من يمينك فدعها»(۱).

و أمّا قوله تعالى {يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللّهُ لَكَ تَبْتَغِي مَرْضَاتَ أَزْوَاجِكَ وَ اللّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ قَدْ فَرَضَ اللّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُم} فورد في تفسيره صحيح ابن يسار، عن الصّادق (عليه السلام) أطلعت عائشه و حفصه على النّبيّ صلّى اللّه عليه و آله و هو مع ماريه فقال النّبيّ صلّى اللّه عليه و آله: «و

۱- الكافي (ط - الإسلاميه) ج ۷ ص ۴۴۴

اللّه لا أقربها» فأمره اللّه أن یکفّر عن یمینه»(۱) , و مورده الأمه و لا حقّ لها فی الوطی فمخالفه الیمین فیها تحتاج إلی الکفّاره.

و یؤیده خبر زراره عن الباقر علیه السّلام: سألته عن رجل قال لامرأته: «أنت علیّ حرام» فقال لی: لو کان لی علیه سلطان لأوجعت رأسه- إلی- أنّه لم یزد علی أن کذب فزعم أنّ ما أحلّ اللّه له حرام، و لا یدخل علیه طلاق و لا کفّاره، فقلت قول اللّه عزّ و جلّ «یا أَیُّهَا النَّبِیُّ لِمَ تُحَرِّمُ ما أَحَلَّ اللّهُ لَکَ» فجعل فیه الکفّاره، فقال: إنّما حرّم علیه جاریته ماریه و حلف أن لا یقربها فإنّما جعل علیه الکفّاره فی الحلف، و لم یجعل علیه فی التحریم»(۲).

و الحاصل انه لا کفاره فی الایلاء خلافا للمصنف الذی جعلها واجبه مطلقا فقال:

(سواء کان فی مدّه التربص أو قبلها أو بعدها)

و به قال المفید و القاضی و ابن حمزه و الشیخ فی نهایته و خلافه.

و أمّا الدّیلمیّ و الحلبیّ و ابن زهره و الحلیّ فإنّما قالوا بالکفّاره بالوطی فی مدّه التربّص، و أمّا بعدها فساکتون عنها، و صریح المبسوط العدم بعد المدّه .

ص:۸۸

۱- تفسیر القمی ج ۲ ص ۳۷۵ سوره التحریم(۶۶): الآیات ۱ الی ۱۲

۲- الکافی ج ۶ ص۱۳۵ ح۱؛ و رواه صحیحا عنه فی خبره الثانی لکن بدون ذیله فقلت...

و الکفّاره مطلقا هو المفهوم من الفقیه حیث اعتمد روایه ابان بن عثمان عن منصور: «سألت ابا عبد اللّه (علیه السلام) عن رجل آلی من امرأته فمرت اربعه اشهر قال: یوقف فان عزم الطلاق بانت منه و علیها عده المطلقه و الّا کفر عن یمینه و امسکها»(۱).

قیل: الّا ان سندها قابل للتأمل، فان الشیخ الصدوق رواها بسنده عن ابان بن عثمان عن منصور, و طریقه الی ابان صحیح فی المشیخه(۲), و ابان نفسه ثقه لکونه من اصحاب الاجماع الا ـ ان المشکله هی من ناحیه منصور، فان ابان بن عثمان یروی عن منصور بن حازم الذی هو ثقه و عن منصور الصیقل الذی لم تثبت وثاقته، فالمشکله هی من حیث منصور لتردده بین الثقه و غیره.

قلت: حیث ان ابان من اصحاب الاجماع فخبره موثوق به و لو کان منصور هو غیر الثقه الّا ان الاشکال ان الصدوق لم ینقل الخبر عن کتاب ابان بل قال و فی روایه ابان و هذا التعبیر یشیر الی الروایه عنه و قد لا تکون فی کتابه وهی هنا قد رواها الشیخ ضعیفا بالقاسم عنه من کتاب الحسین بن سعید(۳).

۱- من لا یحضره الفقیه ج ۳ ص ۵۲۵
۲- مشیخه کتاب من لا یحضره الفقیه ج ۴ ص۸۳
۳- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان) ج ۸ ص ۸

و لزوم الکفاره مطلقا هو المفهوم من العیاشی حیث رواه(۱) و روی أیضا «عن أبی عبد اللّه (علیه السلام) مرفوعا: إذا بانت المرأه من الرّجل هل یخطبها مع الخطّاب؟ قال: یخطبها علی تطلیقتین و لا یقربها حتّی یکفّر یمینه»(۲).

قلت: و الخبران مع مخالفتهما للقران و ضعفهما سندا یمکن حملهما علی التقیّه فروی سنن الترمذیّ عن مسلمه بن علقمه، عن داود بن علی، عن عامر،عن مسروق، عن عائشه قالت: آلی النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله من نسائه و حرّم فجعل الحرام حلالاً و جعل فی الیمین کفّاره»(۳).

و ثانیا: عن علیّ بن مسهر، عن داود بن علیّ، عن الشّعبیّ أنّ النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله- مثله.

حصیله البحث:

لا یصحّ الإیلاء من الخصیّ و المجبوب و یتحقق الرجوع بالعزم علی الوطء مظهراً له و کذا لو انقضت المدّه و له مانعٌ من الوطء، و لا کفّاره فی الایلاء .

مده الایلاء

(و مده الإیلاء من حین الترافع)

ص:۹۰

۱- تفسیر العیاشی، ج ۱، ص۱۱۳، ح ۳۴۵.

۲- تفسیر العیاشی، ج ۱، ص۱۱۳، ح ۳۴۷.

۳- سنن الترمذیّ؛ ج۵، ص۸۱، ح ۱۲۴۱، باب ما جاء فی الإیلاء.

كما مرّ الكلام فيه مشروحا و ان الاقوى من زمان حلفه .

(و يزول حكم الإيلاء بالطلاق البائن)

قال الشهيد الثانى: لخروجها عن حكم الزوجيه, و الظاهر أن زوال حكم الايلاء ثابت و إن عقد عليها ثانيا فى العده، لأن العقد لم يرفع حكم الطلاق، بل أحدث نكاحا جديد كما لو وقع الطلاق بعد العده، بخلاف الرجعه فى الرجعى فان الطلاق لا يزيل حكم الايلاء فلو كان الطلاق رجعيا خرج من حقها، لكن لا يزول حكم الإيلاء إلّا بانقضاء العده، فلو راجع فيها بقى التحريم(1).

قلت: لا دليل على زوال حكم الايلاء بالعقد عليها فى الطلاق البائن كطلاق اليائسه ما دام لم تنقض المده المضروبه و عليه فلا فرق بينه وبين الرجعى , نعم وقع الكلام فى كون طلاقه بائنا ام رجعيا؟ و مقتضى صحيح بريد العجلىّ، عن الصّادق (عليه السلام) و فى آخره «و إمّا أن يعزم على الطّلاق فيخلّى عنها حتّى إذا حاضت و طهرت من حيضها طلّقها تطليقه من قبل أن

١- الروضه البهيه فى شرح اللمعه الدمشقيه (ط - كلانتر)؛ ج ۶، ص: ١۶٧

يجامعها بشهاده عدلين ثمّ هو أحقّ برجعتها ما لم تمض الثلاثه الأقراء»(۱) و غيره(۲) هو كون طلاقه رجعيا .

و نقل الكلينى بسند صحيح عن منصور بن حازم انه قال: «أنّ المؤلى يجبر على أن يطلّق تطليقه بائنه» و قال الكلينى: و عن غير منصور أنّه يطلّق تطليقه يملك الرّجعه فقال له (الظاهر ان المراد من ضمير له هو جميل بن دراج الناقل قول منصور) بعض أصحابه: إن هذا منتقض؟(۳) فقال: لا الّتى تشكو فتقول يجبرنى و يضرّنى و يمنعنى من الزّوج يجبر على أن يطلّقها تطليقه بائنه و الّتى تسكت و لا تشكو إن شاء يطلّقها تطليقه يملك الرّجعه»(۴) و علق الشيخ على هذه الروايه بقوله: فهذه الرّوايه لا تنافى الرّوايه الأولى فى أنّه يكون أملك برجعتها لأنّ هذه الرّوايه موقوفهٌ غير مسندهٍ لأنّ منصور بن حازم أفتى و لم يسنده إلى أحدٍ من الأئمّه عليهم السلام و يجوز أن يكون هذا كان مذهبه و إن كان خطأً و لو أسنده إلى بعض الأئمّه عليهم السلام لكانت الرّوايه يمكن حملها على من يرى الإمام إجباره على أن يطلّق تطليقهً بائنهً بأن يباريها ثمّ يطلّقها أو أن تكون الرّوايه مختصّهً بمن كانت عند الرّجل على تطليقهٍ واحدهٍ فإنّ من يكون هذا حكمه يقع طلاقه بائناً(۵) ثم

۱- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۶ ص ۱۳۰ ح ۱
۲- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۶ ص ۱۳۲ ح ۸
۳- اى متناقض مع ما ورد من الطلاق يكون رجعيا .
۴- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۶ ص ۱۳۱
۵- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ۸ ص: ۴

رواهـا بسـند فيه عليّ بن حديـد «و هو مختلف فيه» عن جميلٍ عن منصور بن حازمٍ عن أبی عبـد اللّه ع قال: المؤلی إذا وقف فلم یفئ طلّق تطلیقةً بائنةً(۱) ثم قال: فهذه الرّوایه جاءت مسندةً و الوجه فیها ما قدّمناه.

اقول: الروایه مع معارضتها لما تقدم لا وثوق بها لما عرفت .

و اما ما فی صحیح أبی بصیر، عن الصّادق (علیه السلام) فی الرّجل إذا آلی من امرأته فمکث أربعه أشهر فلم یفی ء فهی تطلیقه، ثمّ یوقف فـإن فـاء فهی عنـده [علی ظ] تطلیقـتین، و إن عزم فهی بـائنه منه»(۲) فمع معارضـته لما تقـدم رده الشـیخ و حمله علی بعض المحامل و ذلک ایه عدم موثوقیته و رواه العیّاشیّ و فیه «فهی مطلّقه» بدل فهی بائنه(۳) و علیه فتسقط عن الاعتبار .

(و کذا شراء الأمه ثم عتقها و تزویجها بعده)

قیل: لبطلان العقد الأول بشرائها لعدم جواز اجتماع سببین فی النکاح العقد و التملک، و تزویجها بعد العتق حکم جدید(۴).

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان) ج ۸ ص: ۴ ح۶

۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان) ج ۸ ص ۴ ح۷

۳- تفسیر العیاشی، ج ۱، ص۱۱۳، ح ۳۴۹

۴- الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه (ط - کلانتر)؛ ج ۶، ص: ۱۶۸

و فيه: انه لا دليل على زوال حكم الايلاء بالتزوج بها بعد عتقها ما دام لم تنقض المده المضروبه .

(و لا تتكرّر الكفّاره) بناءً على ثبوتها (بتكرّر اليمين سواء قصد التأكيد أو التأسيس إلّا مع تغاير الزمان)

ألاصل فى ما قال الشرائع فقال: «لا تتكرّر الكفّاره بتكرّر اليمين، سواء قصد التأكيد أم لم يقصد، أو قصد بالثانيه غير ما قصد بالأولى إذا كان الزّمان واحدا، نعم لو قال: و اللّه لا أوطأتک خمسه أشهر فإذا انقضت فو اللّه لا أوطأتک ستّه فهما إيلاءان , و فيه وجه ببطلان الثانى لتعليقه على الصّفه على ما قرّره الشيخ» .

قلت: إنّما قال فى الخلاف ببطلانه بالشّرط دون الصفه و يدل على الصحه فيهما عموم القرآن السالم عن المعارض فيثبت ايلاءان من زمانين و لا كفاره فيهما كما تقدم .

حكم كفاره الظهار

(و فى الظهار خلاف)

فقال العمانىّ و الشيخ فى نهايته بتكررها و تبعه القاضى و الحلىّ قال الأوّل: «لو تكلّم بلفظ الظهار مرّتين أو أكثر فى وقت أو أوقات كان عليه لكلّ مرّه كفّاره» و ذهب الإسكافىّ إلى أنّه لو كان أحدهما بالأمّ و الآخر بالأخت تتكرّر و إذا كفّر ثمّ كرّر أيضا تتكرّر، فقال: إن ظاهر بأمّه ثمّ ظاهر بأخته

لزمه کفّارتـان واحـده عن ظهار بالأمّ و الأخری عن ظهار بالأخت لأنّهما حرمتان انتهکهما و إن کرّر ظهاره بأمّه قبل التّکفیر لزمه کفّاره واحده».

و ذهب فی المبسوط إلی تفصیل آخر فقال: «و إن تکرّر منه لفظ الظهار لم یخل إمّا تکرّر منه متوالیا أو متراخیا، و الأوّل لم یخل إمّا أراد به التأکیـد أو الظهار فإن أراد التأکید لم یلزمه غیر واحد بلا خلاف، و إن أراد الظّهار کان الجمیع ظهارا، و الثانی یکون الجمیع ظهارا» و تبعه ابن حمزه.

(أقربه التکرار)

و هو الاقوی الّا اذا قصد التأکید لخروجه عن منصرف الأخبار کما فی صحیح محمّد بن مسلم، عن أحدهما علیهما السّلام: سألته عن رجل ظاهر من امرأته خمس مرّات أو أکثر، فقال: قال علیّ علیه السّلام: مکان کلّ مرّه کفّاره- الخبر».

و فی صـحیح الحلبیّ، عن الصّـادق علیه السّـلام: سـألته عن رجل ظاهر من امرأته ثلاث مرّات، قال: یکفّر ثلاث مرّات، قلت: فإن واقع قبـل أن یکفّر؟ قـال: یسـتغفر اللّه و یمسـک حتّی یکفّر»(۱) و بهمـا عمـل الکلینی و الفقیه(۲) و النصـوص بـذلک فوق حد الاستفاضه .

۱- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص ۱۵۶

۲- من لا یحضره الفقیه ج ۳ ص ۵۳۱

و اما صحيح عبد الرّحمن بن الحجّاج، عن الصّادق (عليه السلام) «فى رجل ظاهر من امرأته أربع مرّات فى مجلس واحد، قال: عليه كفّاره واحده»(۱) الدال على عدم تكرر الكفاره فمضافا لمعارضته للنصوص المستفيضه و التى تقدم بعضها رده الشيخ و حمله على أنّ المراد أنّ عليه كفّاره واحده فى الجنس لا ـ كفّاره واحده عن المرّات، قلت: و هو حمل تبرعى لكنه شاهد على عدم كونه موثوقا به عند المتقدمين فلا يعارض الاخبار المتقدمه و يمكن حمله على أنّ المراد أنّه أراد التأكيد دون التأسيس فيكون شاهدا لمّا قاله فى مبسوطه , و بذلك يجاب على موثق غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عن على (عليه السلام) فى رجل ظاهر من أربع نسوه قال عليه كفَّاره واحده(۲).

و أمّا تفصيل الإسكافىّ فلا شاهد له .

حكم ما إذا وطئ المؤلى ساهيا أو مجنونا أو لشبهه

(و إذا وطئ المؤلى ساهيا أو مجنونا أو لشبهه لم تلزمه كفاره) بناءً على وجوبها لعدم الحنث و لحديث الرفع .

(و يبطل حكم الإيلاء عند الشيخ)

لتحقق الإصابه، و مخالفه مقتضى اليمين، كما يبطل لو وطئ متعمدا لذلك و إن فعل محرما. و نسبه المصنف القول إليه يشعر بتمريضه, و ذكر الشهيد

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ۸ ص۲۳ ح۴۸

۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ۸ ص ۲۱ ح۴۳

الثانی وجه ضعفه بقوله: لأصاله بقاء حکم الایلاء، و اغتفار الفعل بالأعذار، و کون الإیلاء یمینا و هی فی النفی تقتضی الدوام، و النسیان و الجهل لم یدخلا تحت مقتضاها، لأن الغرض من البعث و الزجر فی الیمین إنما یکون عند ذکرها، و ذکر المحلوف علیه حتی یکون ترکه لأجل الیمین.

ثم نقل عن المصنف فی قواعده انه استقرب انحلال الیمین مطلقا بمخالفه مقتضاها نسیانا و جهلا و إکراها مع عدم الحنث, محتجا بأن المخالفه قد حصلت و هی لا تتکرر، و بحکم الأصحاب ببطلان الإیلاء بالوطء ساهیا مع أنها یمین. فنسب الحکم المذکور هنا إلی الأصحاب، لا إلی الشیخ وحده(۱).

اقول: و هو الاقوی و اما أصاله بقاء حکم الایلاء فلا یصار الیها مع وجود الدلیل، و اما اغتفار الفعل بالأعذار و کون الإیلاء یمینا و هی فی النفی تقتضی الدوام فلا یکون دلیلا علی بقاء حکمه لانه بنسیانه قد خالف مقتضی ایلائه الذی یقتضی الدوام فلم یدم وذهب ایلاؤه, و اما ان النسیان و الجهل لم یدخلا تحت مقتضاها الخ فدعوی بلا دلیل .

و لو ترافع الذمّیان إلینا تخیّر الامام

(و لو ترافع الذمّیان إلینا تخیّر الامام بین الحکم بینهم بما یحکم علی المؤلی المسلم و بین ردّهم الی أهل ملتهم)

ص:۹۷

۱- الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه (ط - کلانتر)، ج ۶، ص: ۱۷۵

قال تعالی {فَإِنْ جٰاؤُكَ فَاحْكَمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَ إِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئاً وَ إِنْ حَكَمْتَ فَاحْكَمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللّٰهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ. وَ كَيْفَ يُحَكِّمُونَكَ وَ عِنْدَهُمُ التَّوْرٰاةُ فِيهٰا حُكْمُ اللّٰهِ}(١).

حکم ما لو آلی ثم ارتد

(و لو آلی ثم ارتد) عن مله (حسب علیه من المده) التی تضرب له (زمان الرده علی الأقوی)

لاطلاق الدلیل , و قال الشیخ: لا یحتسب علیه مده الرده، لأن المنع من الوطء بسبب الارتداد، لا بسبب الإیلاء، کما لا یحتسب مده الطلاق من المده المضروبه لو راجع و إن کان یمکنه المراجعه فی کل وقت. و فیه: انه مع اطلاق الدلیل لا یصار الی کلام الشیخ حتی بالنسبه الی الی الطلاق, و لو کان ارتداده عن فطره فهو بمنزله الموت یبطل معها التربص، و إنما أطلقه المصنف لظهور حکم الارتدادین.

حصیله البحث:

لا یزول حکم الإیلاء بالطّلاق البائن و لا بشراء الأمه ثمّ عتقها والتزوج بها ما لم تنقض المده المضروبه کما و ان طلاقها لا یکون بائنا بل یکون رجعیا، و لو تکلّم بلفظ الظهار مرّتین أو أکثر فی وقت أو أوقات کان علیه لکلّ مرّه کفّاره الّا اذا قصد التأکید , و إذا وطئ المولی ساهیاً أو مجنوناً أو لشبههٍ

ص:٩٨

١- المائده ایه ٤٢

بطل حكم الإيلاء، و لو ترافع الذّمّيّان إلينا تخيّر الإمام أو الحاكم بين الحكم بينهم بما يحكم على المولى مسلماً و بين ردّهم إلى نحلتهم، و لو آلى ثمّ ارتدّ حسب عليه من المدّه زمان الرّدّه على الأقوى.

(كتاب اللّعان)

اشاره

اللّعـان: مصـدر: لاعن , للعن كلّ من الزّوجين الآخر كالملاعنه, و فى الصـحّاح جمع اللّعن و هو الطّرد و الإبعاد من الخير و عليه فاللعان مباهله بين الزوجين على وجه خاص يترتب عليها دفع حدّ أو نفى ولد .

(و له) اى و للعان (سـببان) عند المصنف و الاقوى انهما يرجعان الى سبب واحد لاشتراط المشاهده فيهما معا كما سيأتى تفصيله .

رمى الزوجه المحصنه

(أحدهما: رمى الزوجه)

اما ثبوت اللعان فى مورد القذف فتدل عليه الآيه الكريمه و صحيحه ابن الحجاج المتقدمه و غيرها.

هـذا و قال الصـدوق بعـدم ثبوت اللعان فى مورد القـذف و انحصاره بنفى الولـد فقال: «و إذا قذف الرّجل امرأته و لم ينتف من ولـدها جلـد ثمـانين جلـده، فـإن رمى امرأته بـالفجور و قـال: إنّى رأيت بين رجليهـا رجلا يجامعها و أنكر ولـدها فإن أقام عليها بذلك أربعه شهود و عدول رجمت و إن لم

ص:۹۹

یقم علیها أربعه شهود لاعنها»(۱) مستندا فی ذلک الی موثق ابی بصیر عن ابی عبد اللّه علیه السّلام: «لا یقع اللعان حتی یدخل الرجل بامرأته و لا یکون اللعان الّا بنفی الولد»(۲) و مثله معتبر محمّد بن مسلم، عن أحدهما علیهما السّلام «لا یکون اللّعان إلّا بنفی ولد و قال: إذا قذف الرّجل امرأته لاعنها»(۳) و لا اشکال فی سنده الّا من جهه علی بن حدید و هو ثقه علی الاقوی و هما دالان علی حصر اللعان بنفی الولد.

و فیه: انهما وان کانت نسبتهما مع الآیه الکریمه المتقدمه نسبه العموم و الخصوص المطلق الّا ان صحیحه عبد الرحمن بن الحجاج تشهد علی العموم

ففیها: «ان عباد البصری سأل ابا عبد اللّه (علیه السلام) و أنا عنده حاضر کیف یلاعن الرجل المرأه؟ فقال: ان رجلا من المسلمین أتی رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله فقال: یا رسول اللّه أ رأیت لو ان رجلا دخل منزله فرأی مع امرأته رجلا یجامعها ما کان یصنع؟ فأعرض عنه رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله فانصرف الرجل و کان ذلک الرجل هو الذی ابتلی بذلک من امرأته قال: فنزل الوحی من عند اللّه عز و جل بالحکم فیها قال: فأرسل رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله الی ذلک الرجل فدعاه فقال: أنت الذی رأیت مع

۱- من لا یحضره الفقیه ج ۳ ص۵۳۵ و المقنع (للصدوق) ص ۳۵۵
۲- وسائل الشیعه ۱۵: ۶۰۴ الباب ۹ من أبواب اللعان الحدیث ۲ .
۳- وسائل الشیعه ج ۲۲ ص ۴۲۹ باب ۹ ح۱

امرأتک رجلاـ؟ فقال: نعم فقال له: انطلق فایتنی بامرأتک فان اللّه عز و جل قد انزل الحکم فیک و فیها قال: فاحضرها زوجها فوقفها رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله و قال للزوج: اشهد اربع شهادات باللّه ...»(1), فان الرجل لم یزد فی دعواه ان ولدها لیس لی بل اکتفی بسوآله «لو ان رجلاـ دخل منزله فرأی مع امرأته رجلاـ یجامعها ما کان یصنع» و علی مورد السوآل نزلت الایه المبارکه و علیه یکون الخبران معارضان لهذه الصحیحه الموافقه للقران فلا وثوق بهما و یؤید عدم موثوقیتهما حمل الشیخ لهما علی انه: «لاـ یکون لعان فی القذف حتّی یضیف ادّعاء المعاینه و لیس کذلک حکمه فی نفی الولد لأنّه متی انتفی منه وجب علیه اللّعان و إن لم یدّع معاینه الفجور»(2) و الحمل و ان کان تبرعیا الّا انه شاهد علی وجود الاشکال فیهما.

شرائط اللعان

یتحقق اللعان برمی الزوجه (المحصنه المدخول بها بالزنا قبلا أو دبرا مع دعوی المشاهده و سلامتها من الصّمم و الخرس)

۱- وسائل الشیعه ۱۵: ۵۸۶ الباب ۱ من أبواب اللعان الحدیث ۱.

۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان) ج ۸ ص ۱۸۶

أمّا كونها محصنه فلقوله تعالى: {وَ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَهِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَهً وَ لَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَهً أَبَداً وَ أُولئِكَ هُمُ الْفَاسِقُون}(۱).

و أمّا كونها مدخولا بها فاستفاضت به الاخبار منها صحيح ابن أبى عمير، عن بعض أصحابه: «قلت لأبى عبد اللّه عليه السّلام: الرّجل يقذف امرأته قبل أن يدخل بها، قال: يضرب الحدّ و يخلّى بينه و بينها»(۲).

و معتبر أبى بصير، عن الصّادق عليه السّلام: لا يقع اللّعان حتّى يدخل الرّجل بأهله»(۳) و بذلك افتى الكلينى و الفقيه(۴) و الاسكافىّ و الشيخ و القاضى و ابن حمزه و ابن زهره .

هذا و يدل صحيح علىّ بن جعفر، عن أخيه (عليه السلام) ان أرخاء الستر اماره على تحقق الدخول ففيه: «و سألته عن رجل طلّق امرأته قبل أن يدخل بها فادّعت أنّها حامل، قال: إن أقامت البيّنه على أنّه أرخى سترا، ثمّ أنكر الولد لاعنها ثمّ بانت منه و عليه المهر كملا»(۵).

۱- النور: ۴
۲- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۷ ص ۲۱۱
۳- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۶ ص ۱۶۲
۴- من لا يحضره الفقيه ج ۳ ص ۵۳۵
۵- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۶ ص ۱۶۵

و لا معارض لها سوى عموم قوله تعالى {والَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُم} و القاعده تقتضى تخصيص العموم بها.

و أمّا كونه مع دعوى المشاهده فيشهد له صحيح الحلبىّ، عن الصّادق عليه السّلام: إذا قذف الرّجل امرأته فإنّه لا يلاعنها حتّى يقول: «رأيت بين رجليها رجلا يزنى بها- الخبر»(۱).

و صحيح محمّد بن مسلم قال: سألته عن الرّجل يفترى على امرأته، قال يجلد ثمّ يخلّى بينهما و لا يلاعنها حتّى يقول «أشهد أنّى رأيتك تفعلين كذا و كذا»(۲) و غيرهما .

و أمّا سلامتها من الصمم و الخرس، فيشهد له صحيح الحلبىّ، و محمّد بن مسلم، عن الصّادق (عليه السلام) فى رجل قذف امرأته و هى خرساء، قال: يفرّق بينهما»(۳) و مقتضى اطلاقها ثبوت التحريم فى الخرساء من دون لعان و تعميمه للصماء باعتبار التلازم بين الصمم و الخرس كما هو صريح صحيح أبى بصير: سئل أبو عبد اللّه (عليه السلام) عن رجل قذف امرأته بالزّنا و هى خرساء صمّاء، لا تسمع ما قال؟ قال: إن كان لها بيّنه فشهدوا عند الإمام جلد الحدّ و

ص:۱۰۳

۱- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۶ ص ۱۶۴

۲- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۶ ص ۱۶۶

۳- وسائل الشيعه ۱۵: ۶۰۲ الباب ۸ من أبواب اللعان الحديث ۱.

فرّق بينهما، ثمّ لا تحلّ له أبدا و إن لم تكن لها بيّنه فهى حرام عليه ما أقام معها و لا إثم عليها منه»(۱).

ثمّ كان على المصنّف تقييد الزّوجه بالدائمه لعدم اللّعان فى التمتّع كما فى صحيح ابن أبى يعفور «عن الصّادق عليه السّلام: لا يلاعن الرّجل المرأه الّتى يتمتّع بها»(۲) .

و أمّا الوطى فى الدّبر فليس فيه خبر صريح و العمومات منصرفه عنه و لكن الخلاف استدلّ بها و بالإجماع و هو كما ترى .

(قيل: و يشترط عدم البينه)

كما هو المشهور و هو المفهوم من الفقيه و المقنع و المقنعه و المراسم و الغنيه و الشيخ فى مبسوطه و السّرائر كالنّهايه، و أيضا الآيه دلت على هذا القيد قال تعالى: { وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدٰاءُ إِلاّٰ أَنْفُسُهُمْ} و حملها على كون القيد للغالب يحتاج إلى دليل كأيه الرّبائب و ليس من دليل.

و ذهب الشيخ فى الخلاف و القاضى و ابن حمزه إلى عدم الاشتراط, واستدلال الخلاف بالخبر العامى حيث قال: «إنّ النّبىّ صلّى اللّه عليه و آله لاعن بين العجلانىّ و زوجته و لم يسأل هل له بيّنه أم لا، فى غير محلّه مضافا الى انه: من أين أنّه صلّى اللّه عليه و آله لم يعلم أنّه ليس له بيّنه حتّى يسأل بل المفهوم من خبره عدم البيّنه.

۱- من لا يحضره الفقيه ج ۴ ص ۵۰
۲- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۶ ص ۱۶۶

و المراد بالمحصنه العفيفه

(و المعنىّ بالمحصنه العفيفه) كما هو لغهً(۱) و نص عليه المفسرون(۲).

(فلو رمى المشهوره بالزنا فلا حدّ و لا لعان) لعدم كونها عفيفه و لو اشتهرت بالزنا من اجل زناها لمره واحده.

و قد يقال بسقوط اللّعان فى ما لو كان الزّوج مجلودا فى الفريه و ذلك لمعتبر السّكونىّ، عن الصّادق، عن أبيه عليهما السّلام أنّ عليّا (عليه السلام) قال: ليس بين خمس من النّساء و بين أزواجهنّ ملاعنه- إلى أن قال- و المجلود فى الفريه لأنّ اللّه تعالى يقول «وَ لَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً- الخبر»(۳).

قلت: لكنه مقيد بما اذا لم يتب و ذلك لصحيح حريز عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «القاذف يجلد ثمانين جلده و لا يقبل له شهاده أبدا الّا بعد التوبه أو يكذب نفسه»(۴).

و موثق سماعه قال: «سألته عن شهود الزور قال: فقال: يجلدون حدا ليس له وقت، و ذلك الى الامام و يطاف بهم حتى يعرفهم الناس، و اما قول الله عز و جل: وَ لا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهادَةً أَبَداً الا الذين تابوا قال: قلت: كيف تعرف

۱- مختار الصحاح – حصن ص ۱۴۰
۲- مجمع البيان فى تفسير القرآن، ج ۷، ص: ۱۹
۳- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ۸ ص۱۹۷
۴- تفسير القمى ج ۲ ص ۹۶ سوره النور(۲۴): آيه ۴

توبته؟ قال: يكذب نفسه على رؤس الخلايق حتى يضرب و يستغفر ربه، و إذا فعل فقد ظهرت توبته»(۱).

و الاشكال بعدم رجوع الاستثناء الى كلا الفقرتين فى قوله تعالى { وَ لا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهادَةً أَبَداً وَ أُولئِکَ هُمُ الْفاسِقُون} بل يختص بالاخيره مدفوع بالنص المتقدم الدال على رجوعه للجمله الاولى من الايه .

و لا يجوز قذف الزوجه الّا مع المعاينه للزنا

(و لا يجوز القذف) اى قذف الزوجه بل لا يجوز قذف المسلم مطلقا بالزنا و لو مع تراكم القرائن على صحه النسبه بل حتى مع الاطلاع على ذلك بنحو اليقين. و يلزم القاذف حدّ القذف حتى مع يقينه بصحه النسبه. و لكن بامكانه دفع الحدّ عن نفسه باقامه شهود أربعه يشهدون بذلك, او ان يكون القاذف هو الزوج و المقذوف هو الزوجه، فان بامكان الزوج دفع الحد عن نفسه من خلال اللعان بالكيفيه الآتيه اذا لم يأت بالبينه .

اما انه لا يجوز القذف فلاجل انه من الرمى الموجب للّعنه فى الدنيا و الآخره، و هو من الافك الذى نهى عنه المؤمنون. قال تعالى: { إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَناتِ الْغافِلاتِ الْمُؤْمِناتِ لُعِنُوا فِی الدُّنْیا وَ الْآخِرَهِ وَ لَهُمْ عَذابٌ عَظِيمٌ* يَوْمَ تَشْهَدُ عَلَيْهِمْ أَلْسِنَتُهُمْ وَ أَيْدِيهِمْ وَ أَرْجُلُهُمْ بِما كانُوا يَعْمَلُون}(۲) و قال تعالى فى قصه الافک: {لَوْ لا إِذْ سَمِعْتُمُوهُ ظَنَّ الْمُؤْمِنُونَ وَ الْمُؤْمِناتُ

۱- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۷ ص ۲۴۱

۲- النور: ۲۳- ۲۴.

بِأَنْفُسِهِمْ خَيْراً وَ قَالُوا هَذَا إِفْكٌ مُبِينٌ* لَوْ لَا جَاؤُ عَلَيْهِ بِأَرْبَعَهِ شُهَدَاءَ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ* وَ لَوْ لَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَ رَحْمَتُهُ فِى الدُّنْيَا وَ الْآخِرَهِ لَمَسَّكُمْ فِيمَا أَفَضْتُمْ فِيهِ عَذَابٌ عَظِيمٌ* إِذْ تَلَقَّوْنَهُ بِأَلْسِنَتِكُمْ وَ تَقُولُونَ بِأَفْوَاهِكُمْ مَا لَيْسَ لَكُمْ بِهِ عِلْمٌ وَ تَحْسَبُونَهُ هَيِّناً وَ هُوَ عِنْدَ اللَّهِ عَظِيمٌ* وَ لَوْ لَا إِذْ سَمِعْتُمُوهُ قُلْتُمْ مَا يَكُونُ لَنَا أَنْ نَتَكَلَّمَ بِهَذَا سُبْحَانَكَ هَذَا بُهْتَانٌ عَظِيمٌ}(۱).

و اما ان القاذف يحدّ حدّ القذف – ثمانين جلده – فلقوله تعالى: {وَ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَهِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَهً وَ لَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَهً أَبَداً وَ أُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُون}(۲).

و اما ان القاذف يحدّ حتى مع يقينه بصحه النسبه فلإطلاق الآيه الكريمه.

و اما اندفاع الحدّ عن القاذف بلعانه فلقوله تعالى: { وَ الَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَهُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ* وَ الْخَامِسَهُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ* وَ يَدْرَؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ* وَ الْخَامِسَهَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِين}(۳).

ص:۱۰۷

۱- النور: ۱۲- ۱۶.

۲- النور: ۴

۳- النور: ۶- ۹.

(الّا مع المعاينه للزنا كالميل فی المكحله)

فیجوز قذفها, و المراد من كونه كالمیل فی المكحله هو الجماع و الإیلاج و الإدخال و دلیله موثق أبی بصیر قال قال أبو عبد الله علیه السلام: «لا یرجم الرجل و المرأه حتی یشهد علیهما أربعه شهداء، علی الجماع و الإیلاج و الإدخال كالمیل فی المكحله»(۱) الوارد فی الشهاده علی الزنا .

(لا بالشیاع أو غلبه الظن بالفعل)

لان الشرط فی اللعان دعوی المشاهده كما فی صحیح الحلبیّ، عن الصّادق علیه السّلام: إذا قذف الرّجل امرأته فإنّه لا یلاعنها حتّی یقول: «رأیت بین رجلیها رجلا یزنی بها- الخبر»(۲) و غیره مما تقدم .

نعم لو كان الشیاع موجبا للعلم فلا یحرم القذف تكلیفا لكنه لا یوجب اللعان و لا یرفع الحد عنه الّا باربعه شهود , و هل الحد حق لها فیشترط فی اقامته دعواها علیه ام لا؟ فسیاتی البحث عنه فی كتاب الحدود .

حصیله البحث:

قیل: للعان سببان و الاقوی انهما یرجعان الی سبب واحد لاشتراط المشاهده فیهما معا, أحدهما: رمی الزّوجه المحصنه المدخول بها بالزّنی قبلًا مع دعوی المشاهده، و عدم البیّنه. و المراد من المحصنه العفیفه فلو رمی

۱- الكافی (ط - الإسلامیه) ج ۷ ص ۱۸۴ باب ما یوجب الرجم .
۲- الكافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص ۱۶۴

المشهوره بالزّنی فلا حدّ و لا لعان، و لا یجوز قذف الزوجه إلّا مع مشاهده الجماع و الإیلاج و الإدخال, لا بالشّیاع أو غلبه الظّنّ, بل لا یجوز قذف المسلم بالزنا مطلقا و لو مع تراکم القرائن علی صحه النسبه بل حتی مع الاطلاع علی ذلک بنحو الیقین. و یلزم القاذف حدّ القذف حتی مع یقینه بصحه النسبه و هل الحد حق لها فیشترط فی اقامته دعواها علیه ام لا؟ فسیاتی البحث عنه فی کتاب الحدود, و لکن بامکان القاذف دفع الحدّ عن نفسه باقامه شهود أربعه یشهدون بذلک, او ان یکون القاذف هو الزوج و المقذوف هو الزوجه، فان بامکان الزوج دفع الحد عن نفسه من خلال اللعان بالکیفیه الآتیه اذا لم یأت بالبینه .

إنکار من ولد علی فراشه

(الثانی: إنکار من ولد علی فراشه بالشرائط السابقه(۱))

المعتبره فی إلحاق الولد به، و هی وضعه لسته أشهر فصاعدا من حین وطئه، و لم یتجاوز حملها أقصی مدته، و کونها موطوءته بالعقد الدائم .

اقول: قد تقدم الکلام عن ثبوت اللعان بالقذف بالمعاینه بدون ذکر نفی الولد و الکلام هنا عن ثبوت اللعان بنفی الولد مع عدم المشاهده کما یلاعن بمجرّد القذف بالزّنا مع ادّعاء المشاهده کما افتی به المفید ففی المقنعه «و إن أنکر رجل ولد زوجه له فی حباله أو بعد فراقها بمدّه الحمل إن لم تکن نکحت زوجا غیره أو أنکر ولدها لأقلّ من ستّه أشهر من فراقه

۱- فی النظر الأوّل من الفصل الثامن من النّکاح .

لها و إن كانت نكحت زوجا غيره و لم يـدّعه الثانى لاعنها كما يلاعنها بـدعوى مشاهـدته فجورها»، قلت: لكن قوله: «و لم يدّعه الثانى» لا وجه له، و قال بما قال الدّيلمى أيضا

قال فى النجعه: «و نسبه المختلف إلى علىّ بن بابويه و الإسكافى لكن لا يعلم مراده هل هما قالا كالشيخين: بأنّ بنفى الولـد مع عـدم المشاهـده يلاعن كما يلاعن بمجرّد القذف بالزّنا مع ادّعاء المشاهده، أو اقتصـرا على أنّ بالقذف بالمعاينه بدون ذكر نفى الولد يلاعن، و قلنا: لا يعلم مراده لأنّه استدلّ للشيخين بالآيه «وَ الَّذِينَ يَرْمُونَ» و قال: «و هو صريح فى الباب بالخصوص، و سبب نزولها ما رواه عبد الرّحمن بن الحجّاج- و نقل الخبر- ثمّ طعن فى خبرى أبى بصـير، و محمّد بن مسـلم بضـعف السّـند، و قال و فى تتمّه الخبر الثانى «إذا قذف الرّجل امرأته لاعنها» و هو صريح فى إيجاب اللّعان بالقذف- إلخ»(1).

اقول: و الحاصل عدم ثبوت القول به الّا من المفيد و الديلمى و استدل لذلك بمعتبر محمّد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السّلام «لا يكون اللّعان إلّا بنفى ولد و قال: إذا قذف الرّجل امرأته لاعنها»(2) و موثق أبى بصير، عن

١- النجعه فى شرح اللمعه؛ ج ٩، ص: ٣٩٨

٢- وسائل الشيعه ج ٢٢ ص ۴٢٩ باب ٩ ح١

الصّادق علیه السّلام: «لا یقع اللّعان حتّی یدخل الرّجل بامرأته، و لا یکون اللّعان إلّا بنفی الولد»(۱).

و فیه: انه قد تقدم الاشکال فیهما مضافا الی إنّ الآیه و الرّوایه لا دلاله فیهما علی أنّه بنفی الولد و لو مع عدم ادّعاء المشاهده یلاعن کما هو المدّعی, و علیه فلابد فی اللعان فی نفی الولد من دعوی المشاهده لاطلاق ما تقدم من لابدیه ذلک.

هذا و ینتفی الولد باللّعان لکن لو اکذب نفسه بعد اللعان ورثه الولد و لا یرث هو الولد کما فی المستفیضه منها صحیح الحلبیّ، عن الصّادق علیه السّلام: إذا قذف الرّجل امرأته إلی- و سألته عن الملاعنه الّتی یرمیها زوجها و ینتفی من ولدها و یلاعنها و یفارقها، ثمّ یقول بعد ذلک: الولد ولدی و یکذّب نفسه، فقال: أمّا المرأه فلا یرجع إلیه أبدا، و أمّا الولد فإنّی أردّه إلیه إذا ادّعاه و لا أدع ولده و لیس له میراث، و یرث الابن الأب و لا یرث الأب الابن- الخبر»(۲).

و فی موثقه عنه (علیه السلام) «فی رجل لاعن امرأته و هی حبلی ثمّ ادّعی ولدها بعد ما ولدت، و زعم أنّه منه، قال: یردّ إلیه الولد و لا یجلد لأنه قد مضی

۱- وسائل الشیعه ج ۲۲ ص ۴۲۹ باب ۹ ح۲
۲- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص ۱۶۴ ح۶

التلاعن»[1] و قريب منه صحيحه الاخر[2] و فيهما دلاله على عدم الحد و بذلك صرح الشيخ و عمل بهما الكلينى خلافا لما حكى عن المفيد.

(و) يصح اللعان و (ان سكت حال الولاده و لم ينفه، على الأقوى)

لأن السكوت أعم من الاعتراف به فلا يدل عليه فيعمه اطلاق ما تقدم.

و قال الشهيد الثانى: و قال الشيخ: ليس له إنكاره حينئذ لحكم الشارع بإلحاقه به بمجرد الولاده العارى عن النفى، إذ اللحوق لا يحتاج إلى غير الفراش فيمتنع أن يزيل إنكاره حكم الشارع، و لأدائه إلى عدم استقرار الأنساب.

و فيه: بأن حكم الشارع بالإلحاق مبنى على أصاله عدم النفى[3]. أو على الظاهر[4] و قد ظهر خلافه[5]، و لو لم يمكنه النفى حاله الولاده ... فلا إشكال فى قبوله عند زوال المانع»[6].

۱- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۶ ص ۱۶۵ ح۸

۲- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۶ ص ۱۶۵ ح۱۳

۳- أى أصاله عدم النفى عمن ولد على فراشه.

۴- و هو أنهما زوجان و بينهما الفراش و قد حصل الوطء بينهما و لم ينكره الزوج فظاهر الحال يقتضى كونه ولدا له.

۵- أى خلاف الظاهر حين أنكر الرجل ولاده الطفل منه.

۶- الروضه البهيه فى شرح اللمعه الدمشقيه (ط - كلانتر)؛ ج ۶، ص: ۱۸۶

(ما لم يسبق الاعتراف منه صريحا أو فحوى مثل أن يقال له: بارك اللّه لك فى هذا الولد فيؤمن أو يقول ان شاء اللّه، بخلاف بارك اللّه فيك و شبهه) لعدم نفوذ الانكار بعد الاقرار كما فى معتبر السّكونىّ، عن جعفر، عن أبيه، عن علىّ عليهم السّلام: «إذا أقرّ الرّجل بالولد ساعه لم ينتف منه أبدا»(١).

حصيله البحث:

قيل: بثبوت اللعان بنفى الولد مع عدم المشاهده كما يلاعن بمجرّد القذف بالزّنا مع ادّعاء المشاهده يعنى يثبت اللعان بإنكار من ولد على فراشه بالشرائط السابقه المعتبره فى إلحاق الولد به، و هى وضعه لسته أشهر فصاعدا من حين وطئه، و لم يتجاوز حملها أقصى مدته، و كونها موطوءته بالعقد الدائم و لو لم يدع المشاهده, و الاقوى توقفه على المشاهده ايضا وينتفى الولد باللّعان لكن لو اكذب نفسه بعد اللعان ورثه الولد و لا يرث هو الولد و لا يجلد , و يصح اللعان و ان سكت حال الولاده و لم ينفه، على الأقوى ما لم يسبق الاعتراف منه صريحا أو فحوى مثل أن يقال له: بارك اللّه لك فى هذا الولد فيؤمن أو يقول ان شاء اللّه، بخلاف بارك اللّه فيك و شبهه.

و لو قذفها و نفى الولد و أقام بينه سقط الحد

(و لو قذفها و نفى الولد و أقام بينه سقط الحد)

ص:١١٣

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٨، ص: ١٨٣ح٦٣

كما هو مدلول قوله تعالى: { و الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَهِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَهً وَ لَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَهً أَبَداً وَ أُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ}(١) .

و انتفى الولد لدلاله الايه على ان اللعان الموجب لنفى الولد بدلاً عن اقامه البينه خلافا المصنف حيث قال:

(و لم ينتف عنه الولد الّا باللعان) بدليل ان الولد للفراش و إن زنت أمّه .

و فيه: أنّه لو كان له بيّنه لم يجز له اللّعان كما قال تعالى { وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُم} و تقدم تحقيقه .

و أمّا نفى الولد بدون قذف كأن يقول: «وطئك فلان مكرها و ولدك منه» فقال الخلاف: «يحتاج إلى اللّعان لظواهر عموم أخبار الانتفاء من الولد» وفيه: انه خارج عن مورد اخبار اللعان و هو القذف و يشمله عموم قوله صلّى اللّه عليه و آله: الولد للفراش و للعاهر الحجر» الذى رواه الفريقان.

فمن طرقنا صحيح سعيد الاعرج عن ابى عبد اللّه عليه السّلام: «سألته عن رجلين وقعا على جاريه فى طهر واحد لمن يكون الولد؟ قال: للذى عنده لقول رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله: الولد للفراش و للعاهر الحجر»(٢) و

١- النور: ۴

٢- وسائل الشيعه ١۴: ۵۶٨ الباب ۵٨ من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ۴.

المقصود من قوله علیه السّلام: «للذی عنده» المولی المالک للجاریه کما هو واضح.

و من طرق غیرنا ما رواه مسلم بسنده الی عائشه: «اختصم سعد بن ابی وقاص و عبد بن زمعه فی غلام فقال سعد: هذا یا رسول اللّه ابن أخی عتبه بن ابی وقاص عهد إلیّ انه ابنه، انظر الی شبهه. و قال عبد بن زمعه: هذا اخی یا رسول اللّه ولد علی فراش ابی من ولیدته فنظر رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله الی شبهه فرأی شبها بیّنا بعتبه فقال: هو لک یا عبد، الولد للفراش و للعاهر الحجر ...»(۱).

هذا و لا ینتفی الولد شرعا فی مرحله الظاهر من دون لعان أو بیّنه و ذلک لقاعده الفراش الحاکمه بالالتحاق ظاهرا بصاحب الفراش.

حصیله البحث:

لو قذفها و نفی الولد و أقام بیّنهً سقط الحدّ و انتفی عنه الولد بلا حاجه الی باللّعان، و أمّا نفی الولد بدون قذف کأن یقول: «وطئک فلان مکرها و ولدک منه» فلا لعان و الولد للفراش .

و لا بد من کون الملاعن کاملا

(و لا بد من کون الملاعن کاملا)

ص:۱۱۵

۱- صحیح مسلم کتاب الرضاع الباب ۱۰ الولد للفراش و توقی الشبهات ح ۱۴۵۷.

بالبلوغ و العقل فلا تكليف مع عدمه، و لا يشترط العداله و لا الحريه، و لا انتفاء الحد عن قذف، و لا الإسلام كما قال المصنف:

(و لو كان كافرا)

قيل: ان القول بصحه اللّعان من الكافر لم يذكره غير المبسوطين استنادا إلى عموم الآيه و الرّوايات و أنّ اللّعان يمين لا شهاده لروايه عكرمه عن ابن عبّاس فی لعان هلال و زوجته، و إتيانها بالولد على النعت المكروه إنّه صلّى اللّه عليه و آله قال: «لو لا الأيمان لكان لی و لها شأن»، و ان المتيقّن وقوع اللّعان بين المسلم و الكافرهكما فی صحيح جميل بن درّاج، عن الصّادق عليه السّلام: سألته عن الحرّ بينه و بين المملوكه لعان، فقال: نعم، و بين المملوك و الحرّه و بين العبد و الأمه و بين المسلم و اليهوديّه و النّصرانيّه- الخبر»(۱).

قلت: صحيح انه لم يذكره غير المبسوطين لكن لا بمعنى ان الاخرين باجمعهم افتوا بعدمه بل لم يتعرضوا لذكره نعم قال بعدم جوازه الإسكافی و المفيد و الدّيلمیّ و اما استناده لعموم الايه و الروايات فاستناد الى الحجه و لا مخصص او مقيد لها و يشهد لذلک اطلاق صحيح أبی بصير قال «قال: حدُّ اليهودی و النَّصرانی و المملوک فی الخمر و الفريه سواء و إنَّما صولح أهل الذمَّه على أن يشربوها فی بيوتهم»(۲) بتقريب ان الاطلاق يدل على ثبوت حد الفريه لليهودی و النصرانی و عليه فاذا ثبت عليه حد الفريه مطلقا

ص:۱۱۶

۱- الكافی (ط - الإسلاميه) ج ۶ ص۱۶۴

۲- الكافی (ط - الإسلاميه) ج ۷ ص ۲۳۹

أمكنه ان يدفع ذلک عنه باللعان لعموم الایه, و مثله فی الدلاله صحیح سماعه قال: سألته عن الیهودیّ و النّصرانیّ یقذف صاحبه ملّه علی ملّه و المجوس یقذف المسلم، قال: یجلد الحدّ»(۱).

و یشهد للعموم صحیح حریز، عن الصّادق (علیه السلام) «فی العبد یلاعن الحره؟ قال: نعم إذا کان مولاه زوجه إیّاها و لاعنها بأمر مولاه کان ذلک و قال: بین الحرّ و الأمه و المسلم و الذّمیّه لعان»(۲).

و ما رواه الحلیّ فی مستطرفاته من مشیخه الحسن بن محبوب «عن أبی ولّاد الحنّاط: سئل أبو عبد اللّه (علیه السلام) عن نصرانیّه تحت مسلم زنت و جاءت بولد فأنکر المسلم فقال: یلاعنها، قیل: فالولد ما یصنع به؟ قال: هو مع أمّه، و یفرّق بینهما و لا تحلّ له أبدا» و غیرهما و هی مستفیضه .

و اما صحیح ابن سنان، عن الصّادق علیه السّلام: لا یلاعن الحرّ الامه و لا الذّمّیه و لا الّتی یتمتّع بها»(۳) الظاهر فی عدم وقوع اللعان بالامه و الذمیه فاوّله الصدوق فی الفقیه بقوله: «فإنَّه یعنی الأمه الَّتی یطؤها بملک الیمین و الذمیَّه الَّتی هی مملوکه له و لم تسلم و الحدیث المفسَّر یحکم علی

ص:۱۱۷

۱- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۷ ص ۲۳۹

۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان) ج ۸ ص ۱۸۹

۳- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۸ ص: ۱۸۸ح۱۲ والفقیه ج ۳ ص ۵۳۸

المجمل» و مثله الشیخ فی التهذیب(۱) , قلت: و هـذا التاویل و ان کان تبرعیا لا شاهد له لکنه لا یعارض ما تقدم الموافق لعموم القران فلا وثوق به .

و مثله فی الضـعف خبر السّکونیّ، عن جعفر، عن أبیه علیهما السّلام: «أنّ علیّا (علیه السلام) قال لیس بین خمس من النساء و بین أزواجهن ملاعنه: الیهودیّه تکون تحت المسلم فیقذفها و النّصرانیّه و الأمه تکون تحت الحرّ فیقذفها- الخبر»(۲).

و ما عن الحسین بن علوان، عن جعفر، عن أبیه، عن علیّ علیهم السّلام: أربع لیس بینهم لعان لیس بین الحرّ و المملوکه، و لا بین الحرّه و المملوک، و لا بین المسلم و الیهودیّه و النصرانیّه(۳) و یمکن حملها علی التقیه کما سیأتی .

و اما صحیح علیّ بن جعفر، عن أخیه علیه السّلام: سألته عن رجل مسلم تحته یهودیّه أو نصرانیّه أو أمه فأولدها و قذفها فهل علیه لعان؟ قال: لا»(۴) فقال فیه الشـیخ «فالوجه فی قوله (علیه السـلام): «لا» عنـد سؤال السّائل هل علیه لعانٌ أحـد شـیئین أحدهما أن یکون راجعاً إلی نفی الولد فیحتمله علی أنّه إذا أقرّ بالولد ثمّ نفاه لم یلتفت إلی نفیه و یلزم الولد و لا یثبت بینهما اللّعان و إن

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان) ج ۸ ص ۱۸۸

۲- تهذیب الأحکام؛ ج ۸، ص۱۹۷، ح۵۲؛ باب ۸ باب اللعان. و الخصال؛ ج ۱، ص۳۰۴، عن سلیمان بن جعفر البصری.

۳- قرب الإسناد (ط - الحدیثه)؛ ص ۸۷

۴- مسائل علی بن جعفر و مستدرکاتها ص ۱۳۵

قلنا إنّه راجعٌ إلى القـذف فلا يثبت بينهما اللّعان بمجرّد القـذف على ما قدّمناه حتّى يضـيف إليه ادّعاء المعاينه»(۱) ثم نقل بعضا من النصوص الـداله على العموم و قال انه من المحتمل حمله على التقيه لأنَّ فی المخالفين من يقول لا لعان بين الحرّ و المملوكه و استشـهد له بخبر منصور بن حـازم، عن الصّادق عليه السّلام: «قلت له: مملوك كان تحته حرّه فقـذفها؟ قال: ما يقول فيها أهل الكوفه؟ قلت: يجلد، قال: لا و لكن يلاعنها كما يلاعن الحرّ»(۲).

قلـت: و يكفی الاحتمـال الاـخير فی سـقوطه عـن الموثـوقيه, و بـذلك يظهر ضـعف قـول المفيـد و الـدّيلمیّ حيـث أنكرا لعـان المملوك فی الزّوجه اسـتناداً إلی صحيحی عبد اللّه بن سنان و علیّ بن جعفر المتقدّمين بالخصوص و خبری السّكونی و سليمان البصریّ فی مطلق المملوك, و قد تقدم الجواب عليه .

و يردهما ايضا صحيح هشام بن سالم «عن الصّادق عليه السّلام: سألته عن المرأه الحرّه يقذفها زوجها و هو مملوك و الحرّ يكون تحته الأمه فيقذفها، قال: يلاعنها»(۳).

و معتبر محمّد- أی ابن مسلم- عن أحدهما عليهما السّلام «سألته عن الحرّ يلاعن المملوكه؟ قال نعم»(۴) و غيرهما .

۱- الإستبصار فيما اختلف من الأخبار، ج ۳، ص: ۳۷۴

۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ۸ ص ۱۸۹

۳- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ۸ ص ۱۸۹

۴- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ۱۰ص ۷۹

هذا و قال الإسكافيّ بعدم اللّعان فی المجلود بالقذف قيل: و يشهد له ما تقدم من خبر السكونی، و خبر سليمان البصری، عن الصّادق، عن أبيه، عن جدّه عليهم السّلام أنّ عليّا (عليه السلام) قال: ليس بين خمس من النّساء و بين أزواجهنّ ملاعنه- إلی- و المجلود فی الفريه لأنّ اللّه عزّ و جلّ يقول: «وَ لٰا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهٰادَةً أَبَداً- الخبر» .

قلت: مضافا لضعفها كما تقدم الاشكال فيهما, لا دلاله لهما فان عدم قبول شهادته غير دعواه زناها .

و اما ما قيل: من ان الكافر لا يلاعن و لا المملوك بناء علی أن اللعان شهاده كما يظهر من قوله تعالی {فَشَهٰادَةُ أَحَدِهِم أَرْبَعُ شَهٰادٰاتٍ بِاللّٰهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصّٰادِقِين}(١) و هما ليسا من أهلها .

ففيه: ان ذيل الايه يدل علی انه يشهد بالله و عليه فلم يعلم كونه من باب الشهاده فلعله كونه يمينا، بل لعله هو الظاهر لافتقاره إلی ذكر اسم اللّه تعالی و يكفی احتمال ذلک، و اليمين يستوی فيها العدل و الفاسق، و الحر و العبد، و المسلم و الكافر، و الذكر و الأنثی و علی فرض كونه شهاده فهو شهاده خاصه لا تشمله شرائط الشهاده لوقوعه من الفاسق إجماعا .

١- النور: ۶

صحه لعان الأخرس بالإشاره المعقوله

(و يصح لعان الأخرس بالإشاره المعقوله إن أمكن معرفته اللعان)

كما افتى به المبسوطان للعمومات و استشكل فيه الحلىّ و يشهد للاشكال صحيح الحسن بن محبوب عن بعض اصحابه عن الصّادق (علیه السلام) «فی امرأه قذفت زوجها و هو أصمّ، قال: یفرّق بینها و بینه و لا تحلّ له أبدا»(۱) و به عمل الکلینی و الصدوق فی الفقیه(۲) و لم نقف علی من أفتی به غیرهما .

قیل: و الظاهر وقوع تحریف فیه و إنّ الأصل فی قوله «قذفت» «فذفها» و فی قوله «و هو أصمّ» «و هی خرساء صمّاء», قلت: لا شاهد لهذا الاحتمال و قد رواه المشایخ الثلاثه کذلک .

وجوب نفی الولد اذا علم انه لیس منه

(و یجب نفی الولد إذا عرف اختلال شروط الإلحاق)

و اما وجوب نفیه فی حاله الجزم بعدم الانتساب فلقوله تعالی {..وَمَا جَعَلَ أَدْعِیَاءَکُمْ أَبْنَاءَکُمْ ذلِکُمْ قَوْلُکُم بِأَفْوَاهِکُمْ وَاللّهُ یَقُولُ الْحَقّ وَهُوَ یَهْدِی

۱- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص ۱۶۶ و التهذیب (تحقیق الخرسان) ج ۸ ص ۱۹۳

۲- من لا یحضره الفقیه ج۴ ص ۵۰

السّبِيل * ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللّهِ فَإِن لّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكَمْ فِى الدّينِ وَمَوالِيكَمْ...}(۱).

و بـذلك نطقت الاخبـار ففى صـحيح ابن محبوب عن ابى جميله عن أبـان بن تغلب، عن الصّـادق عليه السّـلام: سـألته عن رجل تزوّج امرأه فلم تلبث بعـد ما أهـديت إليه إلّا أربعه أشـهر حتّى ولـدت جاريه فأنكر ولـدها و زعمت هى أنّها حبلت منه، فقال: لا يقبل منها ذلك، و إن ترافعا إلى السّلطان تلاعنا و فرّق بينهما، و لم تحلّ له أبدا»(۲).

و معتبر يونس «فى المرأه تغيب عنها زوجها فتجى ء بولد أنّه لا يلحق الولد بالرّجل إذا كانت غيبته معروفه و لا تصدّق»(۳).

و امّا ما فى المرسل عن داود بن فرقد، عن الصّادق (عليه السـلام) «قال: أتى رجل النّبىّ صلّى اللّه عليه و آله فقال: إنى خرجت و امرأتى حـائض فرجعت و هى حبلى، فقـال صـلّى اللّه عليه و آله له: من تتّهم؟ قـال: أتّهم رجلين، قال: ائت بهما فجاء بهما، فقال صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: إن يك ابن هـذا فيخرج قططا كذا و كذا، فخرج كما قال النّبىّ صـلّى اللّه عليه و آله و سـلّم: فجعل معقلته على قوم أمّه و ميراثه لهم، و لو أنّ إنسانـا قـال له: يا ابن الزّانيه يجلـد الحـدّ»(۴) فمضافا لضـعفه سـندا غير معمول به و لذا رواه الكافى باب نادر

۱- الاحزاب ایه ۴-۵

۲- من لا يحضره الفقيه ج ۳ ص ۴۷۱

۳- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۵ ص ۴۹۰

۴- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۵ ص ۴۹۰ باب نادر

و قد تضمن الحكم بنفيه من دون لعان و هو مخالف للقران الكريم و ما تقدم من الاخبار المعتبره مضافا الى إنّ الحيض لا يمنع الحمل و مقتضاه المنع .

حرمه نفى الولد اذا امكن منه

(و يحرم بدونه) اى العلم (و ان ظنّ انتفاءه عنه أو خالفت صفاته صفاته)

فلا يجوز للشخص اذا ولدت زوجته طفلا نفيه عنه حتى اذا فجرت و ظن بعدم كونه منه لتراكم بعض القرائن ما دام يمكن تولده منه و ذلك لقاعده الفراش المتقدمه .

و قال المفيد فى الإرشاد «روى نقله الآثار من العامّه و الخاصّه أنّ امرأه نكحها شيخ كبير فحملت فزعم الشّيخ أنّه لم يصل إليها و أنكر حملها فالتبس الأمر على عثمان و سأل المرأه هل افتضّك الشّيخ- و كانت بكرا- فقالت: لا، فقال عثمان: أقيموا الحدّ عليها، فقال أمير المؤمنين عليه السّلام: إنّ للمرأه سمّين سم البول و سم الحيض، فلعلّ الشّيخ كان ينال منها فسال ماؤه فى سمّ الحيض فحملت منه فاسألوا الرّجل عن ذلك، فسئل فقال: قد كنت أنزل الماء فى قبلها من غير وصول إليها بالافتضاض: فقال عليه السّلام: الحمل له و الولد ولده و أرى عقوبته على الإنكار له- الخبر» و فى أنساب أشراف البلاذرى «عن عائشه كان عتبه بن أبى وقاص- و هو أبو هاشم بن عتبه- عهد إلى أخيه سعد أنّ ابن وليده زمعه- و هو أبو سوده زوج النّبىّ صلّى اللّه عليه و آله- منه و قال له: اقبضه إليك، فلمّا كان عام

الفتح أخذه سعد فقام إليه عبد بن زمعه فقال: أخی ابن ولیده أبی ولد علی فراشه فتسابقا إلی النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله و سلّم فقال: هو لک یا عبد بن زمعه، الولد للفراش و للعاهر الحجر، ثمّ قال لسوده بنت زمعه: احتجبی منه لما رأی من شبهه بعتبه فما راها حتّی لقی اللّه تعالی».

نعم مع القطع بعدم کونه منه- کما اذا ولدت لأقل من سته أشهر من حین الزواج- یجوز له نفیه عنه بل یجب کما تقدم و لکن لا ینتفی شرعا فی مرحله الظاهر الّا اذا لاعن او قامت البینه علی عدم امکان تولده منه کما تقدم .

اما جواز نفیه عند عدم امکان الانتساب فلان الفراش لا یتحقق بمجرد العقد خلافا لأبی حنیفه حیث نسب الیه تحققه بذلک فقد نقل العینی: «شذّ ابو حنیفه فیما اذا عقد شخص علی امرأه و طلقها عقیب النکاح من غیر امکان الوطء فأتت بولد لسته أشهر من وقت العقد حیث ألحقه بالزوج. و هذا خلاف ما جرت به عاده اللّه من ان الولد انما یکون من ماء الرجل و المرأه»(۱) بل یتحقق بالعقد مع امکان الالتحاق بالزوج، فان القاعده شرعت فی حالات الشک فی الانتساب اذ مع الجزم بالانتساب الی الزوج لا معنی للتعبد مع الجزم بعدم امکان الالتحاق اذ لا یمکن التعبد بما یجزم بعدمه.

حصیله البحث:

۱- عمده القاری ۱۱: ۱۱۰ و هو شرح العینی لصحیح البخاری.

و لا بدّ من کون الملاعن کاملاً و لو کان کافراً. و یصحّ لعان الأخرس بالإشاره المعقوله إن أمکن معرفته، و یجب نفی الولد إذا عرف اختلال شروط الإلحاق و یحرم بدونه و إن ظنّ انتفاءه عنه أو خالفت صفاته صفاته فلا یجوز للشخص اذا ولدت زوجته طفلا نفیه عنه حتی اذا فجرت و ظن بعدم کونه منه لتراکم بعض القرائن ما دام یمکن تولده منه , نعم مع اختلال شروط الإلحاق کما اذا ولدت لأقل من سته أشهر من حین الزواج یجب نفیه عنه و لکن لا ینتفی شرعا فی مرحله الظاهر الّا اذا لاعن او قامت البینه علی عدم امکان تولده منه .

و یعتبر فی الملاعنه الکمال و السلامه من الصمم و الخرس

(و یعتبر فی الملاعنه الکمال و السلامه من الصمم و الخرس)

کما تقدم البحث عنه مفصلا .

(و الدوام)

کما دل علی ذلک صحیح ابن أبی یعفور «عن الصّادق علیه السّلام: لا یلاعن الرّجل المرأه الّتی یتمتّع بها»(۱).

(الّا أن یکون اللعان لنفی الحد)

ص:۱۲۵

۱- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص۱۶۶

لا دلیل علی استثنائه، و ظاهر الانتصار فی الاستدلال لمشروعیّه المتعه عدم اشتراط الدّوام.

(و فی اشتراط الدخول قولان)

اقول: أمّا کونها مدخولا بها فاستفاضت به الاخبار کما تقدم و لم أقف علی تصریح بعدم الاشتراط إلّا للحلّیّ مع تفصیل له بعدمه لنفی الولد و ثبوته للقذف و إلّا فالاسکافیّ و الشیخ و القاضی و ابن حمزه و ابن زهره أفتوا به، و هو ظاهر الفقیه و الکافی حیث اعتمدا روایاته، نعم لم یذکر الاشتراط المفید و الدّیلمیّ و الحلبیّ و لم یذکره الصدوق فی مقنعه و هدایته، و لم ینقل عن علیّ بن بابویه و العمانیّ.

و یثبت بین الحر و المملوکه لنفی الولد

(و یثبت بین الحر و المملوکه لنفی الولد أو التعزیر)

کما تقدم مفصلا .

و هل یلحق ولد المملوکه بمالکها؟

(و لا یلحق ولد المملوکه بمالکها إلّا بالإقرار به)

عند المصنف و الاقوی اللحوق به فلا یجوز له إنکاره و یشهد للحوق النصوص المستفیضه منها صحیح سعد بن عبد اللّه قال: «و کتب جعفر بن حمدان فخرجت إلیه هذه المسائل استحللت بجاریه و شرطت علیها أن لا

أطلب ولـدها و لا ألزمها منزلی فلمّا أتی لـذلک مـدّه قالت لی قـد حبلت، فقلت لها: کیف و لا أعلم أنّی طلبت منک الولـد، ثمّ غبت و انصرفت، و قـد أتت بولـد ذکر فلم أنکره و لاـ قطعت عنهـا الاـجراء و النفقه- إلی- جوابهـا: و أمّا الرّجل الـذی اسـتحلّ بالجاریه و شـرط علیها أن لا یطلب ولدها فسبحان من لا شریک له فی قدرته شرطه علی الجاریه شرط علی اللّه عزّ و جلّ هذا ما لاـ یـؤمن أن یکون و حیث عرف فی هـذا الشّـکّ و لیس یعرف الوقت الـذی أتاهـا فیه فلیس ذلـک بموجب الـبراءه فی ولـده- الخبر»(۱).

و صحیح سعید بن یسار قال: «سألت أبا الحسن (علیه السلام) عن الجاریه تکون للرّجل یطیف بها و هی تخرج فتعلق قال: یتّهمها الرّجل أو یتّهمها أهله؟ قلت: أمّا ظاهرهً فلا، قال: إذن لزمه الولد»(۲).

نعم مع التهمه لا یحرم نفیه کما دل علی ذلک صحیح سعید بن یسار المتقدم فمفهومه ان اتهمها هو او اهله لا یلزمه الولد کنایه عن انه له ان ینفیه. و قریب منه خبره الاخر(۳).

بـل یجب نفیه کما هو ظاهر صـحیح عبـد اللّه بن سـنان، عن الصّادق (علیه السـلام) أنّ رجلا من الأنصار أتی أبی (علیه السـلام) فقال: إنّی ابتلیت بأمر عظیم إنّ لی جاریه کنت أطأها فوطئتها یوما و خرجت فی حاجه لی بعد ما اغتسلت منها و

۱- کمال الدین و تمام النعمه ج ۲ ص ۵۰۰ باب ۴۵ ذکر التوقیعات الوارده عن القائم ع .

۲- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۵ ص ۴۸۹

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۸۹ح۴

نسیت نفقه لی فرجعت إلی المنزل لآخذها فوجدت غلامی علی بطنها فعدّدت لها من یومی ذلک ستّه أشهر فولدت جاریه، فقال له أبی (علیه السلام): لا ینبغی لک أن تقربها و لا أن تبیعها، و لکن أنفق علیها من مالک ما دمت حیّا، ثمّ أوص عند موتک أن ینفق علیها من مالک حتّی یجعل اللّه لها مخرجا»(۱) فظاهره انتفاء الولد بقرینه قوله (علیه السلام) «لا ینبغی لک أن تقربها» ای لا تقرب البنت المولوده لانها لیست بنتا لک , و اما قوله (علیه السلام) «ولا تبیعها» فلعله من باب الاستحباب بقرینه ما فی ذیله «ثمّ أوص عند موتک أن ینفق علیها من مالک» فلم یقل احد بوجوب الوصیه, و مثله خبر محمّد بن عجلان(۲).

و بذلک یظهر ضعف ما قال الشیخ بعد نقلهما: «عدم بیع الجاریه فیهما دلیل علی أنّ الولد یلحق به و إلّا کان له بیع الأمّ»(۳).

و یؤید عدم اللحوق فی المتهمه خبر حریز، عن الصّادق (علیه السلام) «فی رجل کان یطأ جاریه له و أنّه کان یبعثها فی حوائجه، و أنّها حبلت و أنّه بلغه عنها فساد، فقال (علیه السلام): إذا ولدت أمسک الولد فلا یبیعه، و یجعل له نصیبا فی داره، فقیل له: رجل یطأ جاریه له و أنّه لم یکن یبعثها فی حوائجه و أنّه اتّهمها و حبلت؟ فقال: إذا هی ولدت أمسک الولد و لا یبیعه و یجعل له نصیبا من داره و ماله، و لیس هذه مثل تلک»(۴).

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۸۸ح۱
۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۸۸ح۲
۳- الإستبصار باب الرّجل یکون له الجاریه یطأها و یطأها غیره, ح ۲ و ۳
۴- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۸۹ح۲

و مرسل عن عبد الحميد بن إسماعيل، عنه (عليه السلام): سألته عن رجل كانت له جاريه يطأها و هی تخرج فی حوائجه فحبلت فخشی أن لا يكون منه؟ كيف يصنع أ يبيع الجاريه و الولد؟ قال: يبيع الجاريه و لا يبيع الولد و لا يورّثه من ميراثه شيئا»(۱).

و حملهما الشيخ علی أنّ المراد من عدم لحوق الولد عدم اللّحوق التامّ إذا كان يطأها أحيانا فوطأها غيره و اشتبه الأمر هل يمكن أن يكون منه أم لا؟ فلا يلحقه و لا ينفيه، و يجعل له شيئا. و فيه: انه حمل تبرعی و ظاهرهما عدم اللحوق مطلقا و اما ان يجعل له شيئا فلا وثوق بالخبر لضعفه سندا حتی يثبت وجوبه .

نعم لو لم ينتف منه فهو لصاحب الفراش كما تقدم فی صحيح سعيد الاعرج عن ابی عبد اللّه عليه السّلام: «سألته عن رجلين وقعا علی جاريه فی طهر واحد لمن يكون الولد؟ قال: للذی عنده لقول رسول اللّه صلّی اللّه عليه و آله: الولد للفراش و للعاهر الحجر»(۲) و الروايات بذلک مستفيضه.

هذا و إن كان فی الولد مشابهه من صاحب الفراش وجب الاعتراف به كما فی صحيح يعقوب بن يزيد قال: كتبت إلی أبی الحسن (عليه السلام) فی هذا العصر

۱- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۸۹ح۳

۲- وسائل الشيعه ۱۴: ۵۶۸ الباب ۵۸ من أبواب نكاح العبيد و الاماء ح ۴ و فی التّهذيب «للّذی عنده الجاريه».

«رجل وقع على جاريته، ثمّ شكّ فى ولده؟ فكتب عليه السّلام: إن كان فيه مشابهه منه فهو ولده»(۱) وغيره(۲).

(و لو نفاه انتفى بغير لعانٍ)

لاختصاص اللعان بالزوجه و تقدم ما يدل عليه فى الابحاث السابقه .

حصيله البحث:

يعتبر فى الملاعنه الكمال و السّلامه من الخرس و الدّوام و الدّخول. و يثبت بين الحرّ و المملوكه لنفى الولد أو التّعزير، قيل: و لا يلحق ولد المملوكه إلّا بالإقرار به و لو اعترف بوطئها. و الاقوى اللحوق به فلا يجوز له إنكاره نعم مع التهمه لا يحرم نفيه بل يجب نفيه، و لو نفاه انتفى بغير لعانٍ و إن كان فى الولد مشابهه من صاحب الفراش وجب الاعتراف به .

القول فى كيفيه اللّعان و أحكامه

وجوب كونه عند الحاكم

(يجب كونه عند الحاكم أو من نصبه)

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ۸ ص ۱۸۱ باب۷ لحوق الأولاد بالآباء ح۵۶

۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ۸ ص ۱۸۰ باب ۷لحوق الأولاد بالآباء ح۵۵

و بـذلك صـرح الإسـكافى فقال: «لا يكون اللّعان إلّا بحضـره الإمام أو خلفائه» و مثله المبسوط فى موضع فقال: «لا يصحّ إلّا عند الحاكم أو من يقوم مقامه من خلفائه» و قد يستدل له:

۱- بصـحيحه احمـد بن محمـد بن ابى نصـر: «سـألت ابا الحسن الرضا (عليه السـلام) كيف الملاعنه؟ فقال: يقعـد الامام و يجعل ظهره الى القبله و يجعل الرجل عن يمينه و المرأه عن يساره»(۱) و غيرها مما دل على قعود الامام حاله الملاعنه.

و فيه: ان ذلك لا يدل على شرطيه الكون حاله الملاعنه عند الامام (عليه السلام) .

۲- ان اللعان نحو من الشهاده او الحلف، و هما من وظائف الحاكم و لا يصحّان الّا لديه.

۳- ان الدليل على شـرطيه اداء اللعان عند الحاكم و ان لم يكن ثابتا الّا انه فى نفس الوقت لا دليل على صـحته و ترتب الاثر عليه لـدى غير الحـاكم فـان النصوص لا اطلاق فيها من هـذه الناحيه, و معه ينبغى الاقتصار على القـدر المتيقن و هو ما اذا كان الاداء لدى الحاكم اذ فى غير ذلك يشك فى ترتب الاثر فيستصحب عدمه.

و بالوجهين الاخيرين يمكن التمسك أيضا لإثبات اعتبار طلب الحاكم لأداء اللعان فى صحته.

۱- وسائل الشيعه ۱۵: ۵۸۸ الباب ۱ من أبواب اللعان الحديث ۵.

(و يجوز التحكيم فيه للعالم المجتهد)

لقيام الفقهاء مقام الامام (عليه السلام) فی زمن الغيبه كما تقدم اثباته فی كتاب البيع.

لكن قال الشيخ فی المبسوط: «يصحّ عند الحاكم و خليفته و من يرضی به الزّوجان» و تبعه ابن حمزه و المحقّق فقال: «و لو تراضيا برجل من العامّه يلاعن بينهما جاز» قلت: و لا شاهد لهم بل يردهم ما تقدم من شرطيه الامام او من يقوم مقامه , وقد يقال بكفايه قاضی التحكيم . و فيه: ان الاقوی عدم صحه القول بقاضی التحكيم كما تقدم فی كتاب القضاء .

كيفيه اللّعان

(فيشهد الرجل أربع مرّات باللّه أنه لمن الصادقين فی ما رماها به، ثم يقول ان لعنه اللّه عليه ان كان من الكاذبين، ثم تشهد المرأه أربع شهادات باللّه انه لمن الكاذبين فی ما رماها به، ثم تقول ان غضب اللّه عليها ان كان من الصادقين)

قال تعالی فی سوره النور {وَ الَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَ لَمْ يَكُن لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ وَ الْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ. وَ يَدْرَؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ. وَ الْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِين}.

و فی صحیحه عبد الرحمن بن الحجاج: «ان عباد البصری سأل ابا عبد اللّه (علیه السلام) و أنا عنده حاضر کیف یلاعن الرجل المرأه؟ فقال: ان رجلا من المسلمین أتی رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله فقال: یا رسول اللّه أ رأیت لو ان رجلا دخل منزله فرأی مع امرأته رجلا یجامعها ما کان یصنع؟ فأعرض عنه رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله فانصرف الرجل و کان ذلک الرجل هو الذی ابتلی بذلک من امرأته قال: فنزل الوحی من عند اللّه عز و جل بالحکم فیها قال: فأرسل رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله الی ذلک الرجل فدعاه فقال: أنت الذی رأیت مع امرأتک رجلا؟ فقال: نعم فقال له: انطلق فایتنی بامرأتک فان اللّه عز و جل قد انزل الحکم فیک و فیها قال: فاحضرها زوجها فوقفها رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله و قال للزوج: اشهد اربع شهادات باللّه انک لمن الصادقین فیما رمیتها به قال: فشهد قال: ثم قال رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله: امسک و وعظه. ثم قال: اتق اللّه فان لعنه اللّه شدیده ثم قال: اشهد الخامسه ان لعنه اللّه علیک ان کنت من الکاذبین قال: فشهد فأمر به فنحی. ثم قال (علیه السلام) للمرأه: اشهدی اربع شهادات باللّه ان زوجک لمن الکاذبین فیما رماک به قال: فشهدت ثم قال لها: امسکی فوعظها ثم قال لها: اتقی اللّه فان غضب اللّه شدید، ثم قال لها: اشهدی الخامسه ان غضب اللّه علیک ان کان زوجک من الصادقین فیما رماک به قال: فشهدت قال: ففرّق بینهما و قال لهما: لا تجتمعا بنکاح أبدا بعد ما تلاعنتما»(۱).

۱- وسائل الشیعه ۱۵: ۵۸۶ الباب ۱ من أبواب اللعان الحدیث ۱.

حصیله البحث:

یجب ان یکون اللعان عند الحاکم أو من نصبه، و یجوز التّحکیم فیه للعالم المجتهد فیشهد الرّجل أربع مرّاتٍ أنّه لمن الصّادقین فیما رماها به، ثمّ یقول: إنّ لعنه اللّه علیه إن کان من الکاذبین، ثمّ تشهد المرأه أربع شهاداتٍ إنّه لمن الکاذبین فیما رماها به، ثمّ تقول: إنّ غضب اللّه علیها إن کان من الصّادقین.

شرائط اللعان

(و لا بدّ من التلفّظ بالشهاده علی الوجه المذکور)

لما تقدم من الایه و النص .

(و أن یکون الرجل قائماً عند إیراده و کذا المرأه و قیل: یکونان معا قائمین فی الإیرادین و ان یتقدم الرجل أوّلا)

ذهب إلی قیامهما معا العمانیّ و المفید و الدّیلمیّ و الشیخ فی نهایته و القاضی و ابن حمزه و ابن زهره، و ظاهر الصدوقین انها تکون قاعده قاله المختلف(۱) و به قال المبسوط و تبعه الحلیّ، و الأوّل ظاهر الکافی لاعتماده علی صحیح عبد الرّحمن بن الحجّاج أنّ عبّاد البصریّ سأل الصّادق (علیه السلام) و أنا حاضر کیف یلاعن الرّجل المرأه؟ فقال علیه السّلام: إنّ رجلا من المسلمین أتی النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله قال: أ رأیت لو أنّ رجلا دخل

۱- مختلف الشیعه، ج ۷، ص: ۴۴۷ و قد نقل کل ما ذکرناه من الاقوال ایضا .

منزله- إلی- فأحضرها زوجها فأوقفهما النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله ثمّ قال للزّوج: اشهد أربع شهادات باللّه- الخبر»(۱).

و یشهد لذلک النصوص المستفیضه کصحیح علی بن جعفر عن اخیه ابی الحسن علیه السّلام: «سألته عن الملاعنه قائما یلاعن أم قاعدا قال: الملاعنه و ما أشبهها من قیام»(۲).

و صحیح محمّد بن مسلم، عن الباقر علیه السّلام: سألته عن الملاعن و الملاعنه کیف یصنعان؟ قال: یجلس الإمام مستدبر القبله فیقیمهما بین یدیه مستقبلا القبله بحذائه- الخبر»(۳).

و اما القول بقیام الرجل عند إیراده ثم المرأه فلا شاهد له سوی ما فی الفقیه «و فی خبر آخر ثمّ یقوم الرّجل فیحلف أربع مرّات باللّه إنّه لمن الصّادقین- إلی- ثمّ تقوم المرأه فتحلف أربع مرّات- الخبر»(۴) و هو مع کونه غیر مسند الی المعصوم معارض لما تقدم من النصوص المعتبره .

۱- وسائل الشیعه ۱۵: ۵۸۶ الباب ۱ من أبواب اللعان الحدیث ۱.

۲- وسائل الشیعه ۱۵: ۵۸۸ الباب ۱ من أبواب اللعان الحدیث ۶.

۳- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص ۱۶۵

۴- من لا یحضره الفقیه ج ۳ ص ۵۳۶

ثمّ ظاهر المبسوط و الحلیّ وجوب جلوس المرأه حال إیراد الرّجل، و الظاهر أنّ المبسوط استند إلی روایه البخاری «عن ابن عبّاس أنّ هلال بن أمیّه قذف امرأته فجاء فشهد، و النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله یقول: إنّ اللّه یعلم أنّ أحد کما کاذب فهل منکما تائب، ثمّ قامت فشهدت»(۱) و هذا نصّ المبسوط: «إذا أراد الحاکم أن یلاعن بین الزّوجین فإنّه یبدء فیقیم الرّجل و یأمره أن یلاعن قائماً لأنّ النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله أمر العجلانی بذلک، فقال له: قم و اشهد و تکون المرأه جالسه فی حال لعانه فإذا فرغ الرّجل قامت و التعنت قائمه کالرّجل» و هو کما تری .

(و أن یمیز الزوجه عن غیرها تمییزا یمنع المشارکه و أن یکون الإیراد باللفظ العربی الصحیح الّا مع التعذر فیفتقر الحاکم الی مترجمین عدلین أن لم یعرف تلک اللغه)

إمّا تمییز الزّوجه فلانّ مورد الآیه و الأخبار رمی الزّوجه المعیّنه.

و أمّا الإیراد باللّفظ العربیّ فهو القدر المتیقّن, و أمّا افتقاره مع التعذّر إلی مترجمین عدلین فهو مقتضی القواعد العامّه، و لا یبعد إجزاء الواحد الثقه لأنّه لیس من الحقوق.

ص:۱۳۶

۱- صحیح البخاری؛ ج۱۷، ص۴۴۸، ح۵۳۰۷، باب یبدء الرّجل بالتلاعن .

و یجب البدأه بالشهاده، ثم باللعن

(و یجب البدأه بالشهاده، ثم باللعن، و فی المرأه بالشهاده ثم) (الغضب) حسبما ورد به القرآن و دلّت علیه الآثار.

و یستحب أن یجلس الحاکم مستدبر القبله

(و یستحب أن یجلس الحاکم مستدبر القبله و أن یقف الرجل عن یمینه و المرأه عن یمین الرجل)

لکن مقتضی صحیح البزنطی عن الرّضا علیه السّلام: «یقعد الامام و یجعل ظهره إلی القبله و یجعل الرّجل عن یمینه و المرأه عن یساره»(۱) کون المرأه عن یسار الامام، وبه عمل الفقیه(۲).

(و أن یحضر من یسمع اللعان)

ذکر ذلک الشیخ فی المبسوطین و تبعه القاضی، و ابن حمزه و استدلّ له فیهما بقوله تعالی {وَ لْیَشْهَدْ عَذٰابَهُمٰا طٰائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِینَ} و هو کما تری فلا علاقه للایه باللعان مع أنّ اللّعان لدرء العذاب لا للعذاب، و لا علی دلیل علی استحباب ما ذکر، بل روی أمالی الشیخ خبر رزیق، عن الصّادق علیه السّلام: إذا تلاعن اثنان فتباعد منهما فإنّ ذلک المجلس تنفر عنه الملائکه، ثمّ قال: «اللّهمّ لا تجعل لها إلیّ مساغا و اجعلها برأس من یکاید دینک و

۱- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص ۱۶۵

۲- من لا یحضره الفقیه ج ۳ ص ۵۳۶

يضارّ وليّك و يسعى فى الأرض فسادا»(۱) وهو يدل على كراهه الحضور لكنه ضعيف سندا .

و إنّما فى رساله المحكم و المتشابه للمرتضى عن تفسير النعمانىّ بإسناده عن على (عليه السلام) و فيه «فأتاه بأهله و أتى فيها قومها- الخبر»(۲) و هو أعمّ دلاله و ضعيف سندا(۳).

(و ان يعظه قبل كلمه اللعنه و يعظها قبل كلمه الغضب)

كما فى صحيح عبد الرّحمن بن الحجّاج المتقدم و فيه: «أنّ عبّاد البصرى سأل الصّادق (عليه السلام) و هو حاضر كيف يلاعن الرّجل المرأه - إلى- ثمّ قال له: اتّق اللّه فإنّ لعنه اللّه شديده، ثمّ قال له: اشهد الخامسه إنّ لعنه اللّه عليك إن كنت من الكاذبين- إلى- ثمّ قال لها أمسكى فوعظها و قال لها: اتّقى اللّه فإنّ غضب اللّه شديد، ثمّ قال لها: اشهدى الخامسه إنّ غضب اللّه عليك إن كان زوجك من الصّادقين- الخبر».

(و أن يغلظ بالقول و المكان كبين الركن و المقام بمكه و فى الروضه بالمدينه و تحت الصخره بالمسجد الأقصى و فى المساجد بالأمصار أو المشاهد الشريفه)

ص:۱۳۸

۱- الأمالى (للطوسى) ص ۷۰۰

۲- وسائل الشيعه ج ۲۲ ص ۴۱۱ باب۱ كيفيته و جمله من أحكامه ح۹

۳- راجع وسائل الشيعه، ج ۳۰، ص: ۱۴۴ رقم ۵۲

اما التغليظ بالقول فلا دليل عليه و الأصل فيه قول الخلاف «يغلظ اللّعان باللّفظ و الوقت و الموضع و الجمع، و به قال الشّافعيّ، و قال أبو حنيفه: لا يغلّظ بالمكان و لا بالوقت و لا بالجمع، دليلنا أنّ ذلك أردع- إلخ» .

و أمّا التغليظ المكانى فيدل عليه ما تقدم من رساله المحكم و المتشابه للمرتضى عن تفسير النعمانيّ بإسناده عن عليّ (عليه السلام) أنّ النّبيّ صلّى اللّه عليه و آله لمّا رجع من تبوك قام إليه عويمر بن الحارث فقال: إنّ امرأتى زنت بشريك بن السّمحاء- إلى- فأتاه بأهله و أتى معها قومها فوافقا النّبيّ صلّى اللّه عليه و آله و هو يصلّى العصر فلمّا فرغ أقبل عليهما و قال لهما: تقدّما إلى المنبر فلاعنا فتقدّم عويمر إلى المنبر فتلا صلّى اللّه عليه و آله عليه آيه اللّعان- الخبر» و هو ضعيف سندا.

و أمّا ما فى المبسوط «و قال قوم «على المنبر» لما روى أنّ النّبيّ صلّى اللّه عليه و آله لاعن بين رجل و امرأه على المنبر، و روى جابر الأنصارى أنّ النّبيّ صلّى اللّه عليه و آله قال: من حلف على منبرى هذا يمينا فاجره ليقتطع بها مال امرئ مسلم و لو على سواك من أراك فليتبوأ مقعده من النّار» ففيه: ان الخبرين عاميان فلا حجيه فيهما .

حصيله البحث:

و لا بدّ من التّلفّظ بالشّهاده على الوجه المذكور، و ان يكونا معاً قائمين فى الإيرادين. و أن يتقدّم الرّجل أوّلًا، و أن يميّز الزّوجه عن غيرها تمييزاً يمنع المشاركه، و أن يكون الإيراد باللّفظ العربيّ إلّا مع التّعذّر فيفتقر الحاكم

إلی مترجمین عدلین إن لم یعرف تلک اللّغه و یکفی مترجم واحد ثقه, و تجب البدأه بالشّهاده ثمّ اللّعن، و فی المرأه بالشّهاده ثمّ الغضب, و یستحبّ أن یجلس الحاکم مستدبر القبله، و أن یقف الرّجل عن یمینه و المرأه عن یساره، و أن یحضر من یسمع اللّعان، و أن یعظه الحاکم قبل کلمه اللّعنه و یعظها قبل کلمه الغضب .

و إذا لاعن الرجل سقط عنه الحد

(و إذا لاعن الرجل سقط عنه الحد)

و إن لم یلاعن یحدّ سواء لم یلاعن أصلا أو شرع و لم یکمّله کما فی موثق عبّاد بن صهیب «عن الصّادق (علیه السلام) فی رجل أوقفه الإمام للّعان فشهد شهادتین، ثمّ نکل فأکذب نفسه قبل أن یفرغ من اللّعان، قال: یجلد حدّ القاذف و لا یفرّق بینه و بین امرأته»(۱).

(و وجب علی المرأه فإذا أقرت بالزنا أو نکلت وجب علیها الحد و ان لاعنت سقط عنها)

و أمّا وجوب الحدّ علیها بدونه فلأنّه تعالی علّق عدمه علی لعانها فقال تعالی

{وَ یَدْرَؤُا عَنْهَا الْعَذٰابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهٰادٰاتٍ بِاللّٰه...} و سقوطه أیضا انما یکون بتمام لعانها کما دل علی ذلک صحیح علیّ بن جعفر، عن أخیه علیه السّلام: «سألته عن رجل لاعن امرأته فحلف أربع شهادات باللّه ثمّ نکل فی

۱- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص ۱۶۳ باب اللعان

الخامسه قال: إن نكل فی الخامسه فهی امرأته و جلد و إن نكلت المرأه عن ذلک إذا كانت الیمین علیها فعلیها مثل ذلک»(۱).

و یتعلق بلعانها أحكام أربعه

(و یتعلق بلعانها أحكام أربعه سقوط الحدین عنهما)

و یستفاد سقوط الحدین من قوله تعالی: {و الَّذِین یَرْمُونَ أَزْوٰاجَهُمْ وَ لَمْ یَكُنْ لَهُمْ شُهَدٰاءُ إِلاّٰ أَنْفُسُهُمْ فَشَهٰادَهُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهٰادٰاتٍ بِاللّٰهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصّٰادِقِینَ ...}(۲) و من صحیحه ابن الحجاج المتقدمه فلاحظ.

و اما انه اذا لاعن هو دونها حدّت دونه فیستفاد من الآیه الكریمه لأنها ظاهره فی ان لعان كل واحد من الزوجین موجب لدرء الحدّ عن نفسه، بل قد یستفاد من صحیحه ابن الحجاج أیضا.

و اما انه اذا لم یلاعن الرجل أیضا حدّ دونها فباعتبار تحقق القذف منه فیحد، و اما هی فحیث لم یثبت فی حقها المقذوف به فلا موجب لحدها.

(و زوال الفراش، و نفی الولد عن الرّجل)

و یدل علیهما صحیحه ابی بصیر عن ابی عبد اللّه علیه السّلام: «المرأه یلاعنها زوجها و یفرّق بینهما الی من ینسب ولدها؟ قال: الی امه»(۳).

۱- مسائل علی بن جعفر و مستدركاتها ص۲۸۰ و الكافی ج ۶ ص ۱۶۵

۲- النور: ۶- ۹

۳- تهذیب الأحكام (تحقیق الخرسان) ج ۸ ص ۱۹۱

(و التّحريم المؤبّد)

و يستفاد ذلک فی لعان القذف من صحيحه عبد الرحمن المتقدمه « و قال لهما: لا تجتمعا بنكاح بعد ما تلاعنتما» و غيرها، و فی لعان نفی الولد من صحيحه الفضيل(۱) و غيرها و الروايات بـذلک مستفيضه بل التحريم المؤبّد عندنا إجماعیّ و لا يحتاج إلی طلاق كما عند بعض العامّه .

و لو أكذب نفسه فی أثناء اللعان كان عليه حد القذف

(و لو أكذب نفسه فی أثناء اللعان وجب عليه حد القذف) كما تقدم .

(و بعد لعانه قولان و كذا بعد لعانهما لكن لا يعود الحل و لا يرث الولد و ان ورثه الولد)

ذهب إلی الحدّ المفيد و المرتضی و المبسوطان استنادا إلی خبر محمّد بن فضيل «عن أبی الحسن (عليه السلام) سألته عن الرّجل لاعن امرأته و انتفی من ولـدها ثمّ أكـذب نفسه هل يردّ عليه ولـده؟ فقال: إذا أكـذب نفسه جلـد الحـدّ و ردّ عليه ابنه و لا ترجع امرأته»(۲) و حمله التّهذيب علی أنّ المراد إذا أكذب نفسه قبل أن يمضی اللّعان.

ص:۱۴۲

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ۸ ص ۱۸۷

۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ۸ ص۱۹۴

قلت: و هو و ان كـان حملاـ تبرعيـا و يمنع منه قوله: «و لاـ يردّ إليه امرأته» الّا انه ايه ضـعفه مضافـا الى ضـعف سـنده و اعراض الكافى و الفقيه عنه، و يمكن حمله على التقيّه فنقل الخلاف إنّه قال بمضـمونه من الحدّ و بقاء تحريم المرأه و عود النسب مطلقا الشّافعيّ.

و ذهب الصّدوق(١) و الشّـيخ و القاضـى و الحلىّ إلى سـقوط الحد عنه و هو ظاهر الكافى حيث روى صـحيح الحلبىّ، عنه عليه السّـلام: «سألته عن رجل لاعن امرأته و هى حبلى قد اسـتبان حملها، فأنكر ما فى بطنها فلمّا وضعت ادّعاه و أقرّ به و زعم أنّه منه، فقال: يردّ إليه ولده و يرثه و لا يجلد لأنّ اللّعان قد مضى»(٢).

و موثقه عن الصّـادق (عليه السـلام) «فى رجل لاعن امرأته و هى حبلى، ثمّ ادّعى ولـدها بعـد ما ولـدت و زعم أنّه منه؟ قال: يردّ إليه الولد و لا يجلد لأنّه قد مضى التلاعن»(٣).

و امـا مـا فى صـحيح الحلبى عنه (عليه السـلام) فى خبر: و سـألته عن الملاـعنه الّتى يرميها زوجها و ينتفى من ولـدها و يلاعنها و يفارقهـا، ثمّ يقول بعـد ذلك: «الولـد ولـدى» و يكـذّب نفسه، فقال: أمّا المرأه فلا يرجع إليه أبـدا، و أمّا الولـد فإنّى أردّه إليه إذا ادّعاه و لا أدع ولده و ليس له ميراث، و يرث الابن

١- فأفتى بـذلك الفقيه ثمّ قال: «روى ذلك البزنطى عن عبـد الكريم، عن الحلبىّ، عن أبى عبد اللّه عليه السّـلام» من لا يحضـره الفقيه ج ٣ ص ۵٣٩ .

٢- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۶ ص ١۶۵

٣- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۶ ص ١۶۴

الأب و لا يرث الأب الابن، يكون ميراثه لأخواله فإن لم يـدّعه أبوه فإنّ أخواله يرثونه و لا يرثهم، فإن ادّعاه أحـد ابن الزّانيه جلد الحدّ»(۱) فليس فيه ذكر من الحدّ و كان المقام مقام ذكره لو كان.

نعم تضمن عدم إرثه أخواله و هو محل منع لمعارضته بأخبار أخرى كما يأتى فى الميراث.

و أمّا ما فيه قبل ذلك: «و سألته عن المرأه الحرّه يقـذفها زوجها و هو مملوك، قال: يلاعنها [ثمّ يفرق بينهما فلا تحلّ له أبدا فإن أقرّ على نفسه بعـد الملاعنه جلـد حدّا (كذا) و هى امرأته] قال: و سألته عن الحرّ تحته أمه فيقذفها؟ قال: يلاعنها» فقوله «ثمّ يفرّق بينهما- إلى- و هى امرأته» .

فاجاب عنه فى النجعه بقوله: «إنّما هو فى نسخه و هو غير صحيح فنقله العاملى(۲) بدونه، و رواه التّهذيب(۳) عن الكافى أيضا بدون الزّياده، و رواه الإستبصار(۴) عن كتاب علىّ بن إبراهيم مثله بـدون الزّياده، و نقل الوسائل الخبر ثمّه عن الكافى، ثمّ قال و رواه الشيـخ بإسـناده عـن علىّ بن إبراهيم مثله مع أنه إنّما نقله عن كتـاب علىّ فى الاسـتبصار، و أمّـا التّهـذيب فنقله عن كتـاب الكافى و فيهما نقل الخبر إلى يلاعنها بدون قوله: «و سألته عن الحرّ-

---

۱- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۶ ص۱۶۴
۲- الوسائل فى ۵ من أبواب لعانه
۳- التّهذيب فى ۹ من لعانه
۴- الإستبصار فى أوّل ۲ من لعانه

إلـخ». و نقله الوافی(۱) عن التّهـذیبین عن الکـافی مثله, مع أنّـک عرفت أنّ الإسـتبصار نقله من کتـاب علی و أنّه لیس فیهمـا «و سألته عن الحرّ»، و لیس فی الاسـتبصار غیر «و سألته عن المرأه الحرّه یقـذفها زوجها و هو مملوک؟ قال: یلاعنها» و یدلّ علی أنّ التّهـذیب لیس فیه «و سـألته عن الحرّ تحته أمّه فیقـذفها، قـال: یلاعنهـا» أنّه قـال بعـده «و هـذا الخبر یـدلّ علی أنّ اللّعـان یقع بین المملوک و الحرّه» و الخبر نقله فی حاشیه المرآه مثل نسـخه الکافی ناسبا تلک الزّیاده إلی نسخه، و الظاهر أنّ الناسخ قطع نظره من قوله: «یلاعنها» هنا إلی قوله «یلاعنها» قبل فبعـده تلک الجمله «ثمّ یفرّق بینهما- إلی- و هی امرأته» مع تبـدیل «قبل الملاعنه» بقوله «بعـد الملاعنه» من باب التغییر للتقابل(۲), قلت: و علیه فلاـ وثوق بهـذه الزیـاده و لا تجری اصاله عـدم الزیاده فی المقام و ذلـک لاـن حجیه هـذا الاصل انما هی ببناء العقلاء و هو فی ما اذا کانت الزیاده کلمه و کلمتین مما یمکن ان یغفل عنها الناسـخ للحدیث او غیره مما له علاقه بنقل الخبر لا فی ما اذا کانت الزیاده سطر و سطور کما فی ما نحن فیه .

و اما خبر أبی الصبّاح الکنـانی عن الصّادق علیه السّلام: سألته عن رجل لاعن امرأته و انتفی من ولـدها، ثمّ أکـذب نفسه بعد الملاعنه، و زعم أنّ الولـد ولـده هل یردّ علیه ولده، قال: لا و لا کرامه لا یرد علیه و لا تحلّ له إلی یوم القیامه» فلا ظهور له بعدم ارث الولد منه, و لذا حمل علی أنّ

۱- الوافی فی ۳ من لعانه .

۲- النجعه ج۹ کتاب اللعان .

المراد عدم الرّدّ عليه تامّا بأن يتوارثا جمعا بينه و بين ما دلّ على إرث الولد منه دون العكس.

و يشهد لارث الولد من ابيه دون العكس النصوص المعتبره الاتيه الداله على ان ارثه لامه و من يتقرب بها كصحيح زراره(۱), و صحيح الحلبى المتقدم.

و يؤيده خبر زراره عن الصّادق (عليه السلام) «قلت: يردّ إليه الولد إذا أقرّ به؟ قال: لا و لا كرامه و لا يرث الابن و يرثه الابن»(۲).

حكم ما لو أكذبت نفسها بعد لعانها

(و لو) أكذبت المرأه نفسها (بعد لعانها فكذلك) لا يعود الفراش و لا يزول التحريم (و لا حد عليها) بمجرد إكذابها نفسها، لأنه إقرار بالزنا و هو لا يثبت (إلّا أن تقر أربعا) فإذا أقرت أربعا حدت عند الشّيخ و القاضى و الحلىّ فأفتوا بثبوت الحدّ لقاعده ثبوته بالإقرار أربعا من الكامل الحر المختار (على خلاف) فقيل بسقوطه بلعانهما لقوله تعالى {وَ يَدْرَؤُا عَنْهَا الْعَذابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهاداتٍ بِاللّه...} فلا يعود .

وفيه: انه لا يشمل ما لو اكذبت نفسها لان الإقرار أربعا سبب آخر كما لو أقيم عليها الحد بعد شهاده شهود أربعه.

۱- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۷ ص ۱۶۰ ح ۲

۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ۸ ص ۱۸۴ ح ۱

حصیله البحث:

و إذا لاعن الرّجل سقط عنه الحدّ و وجب على المرأه، فإذا أقرّت أو نكلت وجب الحدّ، و إن لاعنت سقط و سقوطه أيضا انما يكون بتمام لعانها. و يتعلّق بلعانهما أحكامٌ أربعةٌ: سقوط الحدّين عنهما، و زوال الفراش، و نفى الولد عن الرّجل، و التّحريم المؤبّد. و لو أكذب نفسه فى أثناء اللّعان وجب عليه حدّ القذف، و بعد لعانه يسقط الحد و كذا بعد لعانهما لكن لا يعود الحلّ و لا يرث الولد و إن ورثه الولد. و لو أكذبت نفسها بعد لعانها فكذلك و لا حدّ عليها إلّا أن تقرّ أربعاً .

و لو قذفها الزوج برجل وجب عليه حدّان

(و لو قذفها الزوج برجل) معين (وجب عليه حدان) أحدهما لها، و الآخر للرجل لأنه قذف لاثنين .

(و له إسقاط حدها باللعان) دون حد الرجل .

(و لو أقام بينه) بذلك (سقط الحدان) كما يسقط حد كل قذف بإقامه البينه بالفعل المقذوف به, و كل ما تقدم فهو مما تقتضيه القواعد و ان لم يكن به نصّ بالخصوص .

ص:۱۴۷

هذا و قد يدعى ان مقتضى إطلاق بعض أخبار العامّه[(۱)] و الخاصه[(۲)] سقوطه مطلقا لانها لم تتعرّض لذكر الحدّ .

۱- فروى سنن النّسائى (فى عنوان كيف اللّعان) «عن أنس بن مالك أنّ أوّل لعان كان فى الإسلام أنّ هلال بن أميّه قذف شريك بن السّحماء بامرأته فأتى النّبىّ صلّى اللّه عليه و آله فأخبره بذلك، فقال له النّبىّ صلّى اللّه عليه و آله: أربعه شهداء و إلّا فحدّ فى ظهرك- يردّد ذلك عليه مرارا- فقال له هلال: و اللّه إنّ اللّه ليعلم أنّى صادق و لينزلنّ اللّه عزّ و جلّ عليك ما يبرّئ ظهرى من الجلد، فبينا هم كذلك إذ نزلت عليه آيه اللّعان «وَ الَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوٰاجَهُمْ- إلخ»- إلى أن قال- ثمّ قالت: لا أفضح قومى سائر اليوم فمضت على اليمين، فقال صلّى اللّه عليه و آله: أنظروها فإن جاءت به أبيض سبطا قضيئ العينين فهو لهلال، و إن جاءت به آدم جعدا ربعا حمش السّافين فهو لشريك فجاءت به جعدا ربعا حمش السّاقين، فقال صلّى اللّه عليه و آله: لو لا ما سبق فيها من كتاب اللّه لكان لى و لها شأن». فلم يتعرّض لذكر حدّ لشريك .

۲- ففى رساله المحكم و المتشابه للمرتضى نقلا عن تفسير النعمانىّ بإسناده عن علىّ (عليه السلام) أنّ النّبىّ صلّى اللّه عليه و آله لما رجع من غزوه تبوك قام إليه عويمر بن الحارث فقال: إنّ امرأتى زنت بشريك بن السّحماء فأعرض عنه النّبىّ صلّى اللّه عليه و آله و سلّم فأعاد عليه القول فأعرض عنه فأعاد عليه ثالثه فقام و دخل فنزل اللّعان، فخرج إليه و قال: ايتنى بأهلك فقد أنزل اللّه فيكما قرآنا، فمضى فأتاه و أتى معها قومها فوافوه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم و هو يصلّى العصر، فلما فرغ أقبل عليهما و قال لهما: تقدّما إلى المنبر فلاعنا فتقدّم، عويمر إلى المنبر فتلا عليه النّبىّ صلّى اللّه عليه و آله آيه اللّعان- إلى- فقال لهما صلّى اللّه عليه و آله: اذهب فلن تحلّ لك و لن تحلّى له أبدا، فقال عويمر: فالّذى أعطيتها، فقال: إن كنت صادقا فهو لها بما استحللت من فرجها، و إن كنت كاذبا فهو أبعد لك منه» و نقل مضمونه علىّ بن إبراهيم فى تفسير الآيه مرفوعا.

و فیه: انها مضافا الی ضعفها سندا, ان سکوتها اعم لانها لیست فی مقام البیان من هذه الجهه .

و لو قذفها فماتت قبل اللّعان سقط

(و لو قذفها فماتت قبل اللّعان سقط) لتعذره بموتها (و ورثها) لبقاء الزوجیه لانها لا تنتفی إلّا باللعان و لم یقع .

(و علیه الحد للوارث) بسبب القذف، لعدم اللعان المسقط للحد .

(و له أن یلاعن لسقوطه) و إن لم یکن بحضور الوارث، لعموم الآیه و قد تقدم أن لعانه یسقط عنه الحد، و یوجب الحد علیها، و لعانهما یوجب الأحکام الأربعه فإذا انتفی لعانها منضما إلی لعانه بموتها بقی الأول خاصه فیسقط الحد عنه .

(و لا ینتفی الإرث بلعانه بعد الموت) کما لا تنتفی الزوجیه بلعانه قبل موتها.

(الّا علی روایه) الفقیه موثقا عن زید بن علی « فی رجل قذف امرأته ثمّ خرج فجاء و قد توفّیت قال یخیّر واحدا من اثنین، فقال له: إن شئت ألزمت

نفسک الذّنب فیقام فیک الحدّ و تعطی المیراث، و إن شئت أقررت فلاعنت أدنی قرابتها إلیها و لا میراث لک»(۱).

و مرسله التّهذیب عن أبی بصیر، عن أبی عبد اللّه (علیه السلام) «فی رجل قذف امرأته و فی قریه من القری فقال السّلطان: مالی بهذا علم علیکم بالکوفه فجاءت إلی القاضی لتلاعن فماتت قبل أن یتلاعنا فقالوا: هؤلاء: لا میراث لک، فقال أبو عبد اللّه علیه السّلام: إن قام رجل من أهلها مقامها فلاعنه فلا میراث له و إن أبی أحد من أولیائها أن یقوم مقامها أخذ المیراث زوجها»(۲) و عمل بالاول منهما الفقیه و بهما افتی الشّیخ فی الخلاف و تبعه القاضی و ابن حمزه .

اقول: اعرض عنهما الکافی و لم یعلم عمل أحد بهما قبل الشّیخ و أنکر العمل بهما ابن ادریس، و الأوّل و ان کان موثقا سندا الّا ان رواته زیدیّه، و الثانی مرسل فلا وثوق بهما و مقتضی القواعد أنّ فسخ عقد الزّوجه موقوف علی لعانها، فإذا ماتت قبل لعانها یکون إرثها باقیا و الأصل وقوع اللعان بین الزوجین شرعا. فوقوعه بین الزوج و غیر الزوجه من أهلها خلاف القاعده الثابته فی الشریعه المقدسه فلا یعلم ثبوت آثار اللعان علی لعان لم یثبت شرعیته .

۱- الفقیه ج ۳ ص ۵۳۹ ورواه بنفس السند عن ابائه عن علی علیهم السلام ج ۴ ص ۳۲۴

۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان) ج ۸ ص ۱۹۰

(و لو كان الزوج أحد) الشهود (الأربعه) بالزنا (فالأقرب حدّها) خلافا للحلبىّ و القاضى و هو المفهوم من المفيد و الدّيلمىّ و ابن زهره فذهبوا الى عدم القبول و الاقوى القبول لعدم المانع من قبول شهاده الزوج على زوجته كما يشهد لذلك خبر إبراهيم بن نعيم، عن الصّادق عليه السّلام: «سألته عن أربعه شهدوا على امرأه بالزّنا أحدهم زوجها، قال: تجوز شهادتهم»(۱) نعم هو ضعيف سندا بعباد بن كثير, و ينافيه خبر أبى سيّار مسمع عن الصّادق (عليه السلام) «فى أربعه شهدوا على امرأه بفجور أحدهم زوجها، قال: الثلاثه يجلدون و يلاعنها زوجها و يفرّق بينهما و لا تحلّ له أبدا»(۲), و خبر زراره، عن أحدهما عليهما السّلام «فى أربعه شهدوا على امرأه بالزّنا أحدهم زوجها؟ قال: يلاعن الزّوج و يجلد الآخرون»(۳).

اقول: و لم يرو واحدا من الاخبار المتقدمه الكافى و هذا مما يوجب سلب الوثوق منها, كما و ردّ العمل بالاخيرين الشيخ و قال: العمل على الأوّل الدال على قبول شهادته الموافق لظاهر قوله تعالى: { وَ الَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُم} فبيّن أنّ اللّعان إذا لم يكن له من الشهود إلّا نفسه فأمّا إذا أتى بالشهود الذين يتم بهم أربعه فلا يجب عليه اللّعان(۴).

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ۶ ص ۲۸۲ ح ۱۸۱
۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ۱۰ ص ۷۹
۳- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ۶ ص ۲۸۲ ح ۱۸۲
۴- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ۶ ص ۲۸۳

هـذا و جمع الاصـحاب بينها بما لا شاهد له فجمع الفقيه بين الخبرين بحمل خبر إبراهيم على ما إذا رماها الزّوج فى الأربعه و لم ينف ولـدها، و خبر أبى سيّار على نفيه الولد قال: لأنّ اللّعان لا يكون إلّا بنفى ولد»(۱), و هو جمع تبرعى مخـالف لظاهرهما، و عن الإسـكافى الجمع بحمـل خبر القبول على كون المرأه غير مـدخول بها(۲)، و هو أيضـا كمـا ترى تبرعى لا شاهـد له، و جمع الخلاف بحمل خبر القبول على ما إذا لم يرم قبل الشهود(۳), و تبعه ابن حمزه و الحلىّ, و هو كالمحامل المتقدمه لا شاهد له .

هذا كله (إن لم تختل الشـرائط) المعتبره فى الشهاده (بخلاف ما إذا سبق الزوج بالقذف) فإن شهادته ترد لذلك، و هو من جمله اختلال الشـرائط (أو اختل غيره من الشـرائط) كاختلاف كلامهم فى الشهاده، أو فسق أحدهم لها، أو غير ذلك (فإنها) حينئذ (لا تحـد) لعـدم اجتماع شـرائط ثبوت الزنا (و يلاعن الزوج) لإسـقاط الحـد عنه بالقـذف (و إلّا) يلاعن (حـد) و يحـد باقى الشـهود للفريه.

حصيله البحث:

و لو قـذفها برجلٍ وجب عليه حـدّان و له إسـقاط حدّها باللّعان، و لو أقام بيّنهً سـقط الحدّان، و لو قذفها فماتت قبل اللّعان سـقط اللّعان و ورثها و عليه

۱- من لا يحضره الفقيه ج ۴ ص ۵۲

۲- النجعه ج۹ كتاب اللعان .

۳- الخلاف فى ۵۹ من مسائل لعانه

الحدّ للوارث و له أن يلاعن لاسقاط الحد عن نفسه، و لا ينتفى الإرث بلعانه بعد الموت، و لو كان الزّوج أحد الأربعه فالأقرب حدّها إن لم يختلّ الشّرائط بخلاف ما إذا سبق الزّوج بالقذف أو اختلّ غيره من الشّرائط فإنّها لا تحدّ، و يلاعن الزّوج و إلّا حدّ.

ص:١٥٣

(كتاب الإقرار)

اشاره

(و فيه فصول)

حقيقه الاقرار: هو اخبار الشخص عن حق ثابت عليه او نفى حق له على غيره.

ثم ان لازم كون الاقرار اخبارا خروجه عن العقود و الايقاعات و كونه شيئا ثالثا فى مقابلهما كما هو واضح.

هذا و ينبغى التفرقه بين قاعده حجيه الاقرار و قاعده من ملك شيئا ملك الاقرار به، فان معنى الاولى: ان من أقرّ على نفسه بشىء كان ملزما به، فى حين ان معنى الثانيه: ان من كان له الحق فى تصرف معين فاخباره عن تحققه نافذ، فالزوج ما دام له الحق فى طلاق زوجته فاخباره عن تحققه نافذ، و الوكيل فى بيع دار و نحوها بما ان له الحق فى ايقاع ذلك فاخباره عن تحققه نافذ.

و هو حجه على المقر و ملزم به و ذلك للسيره العقلائيه على ذلك. و هى حجه بسبب عدم الردع عنها الكاشف عن امضائها.

ص:۱۵۴

و اما الاستدلال له بالحديث المشهور عن النبی صلّی اللّه علیه و آله: «اقرار العقلاء علی أنفسهم جائز»(۱) فلا وجود له فی کتب الحدیث و انما هو مذکور فی الکتب الاستدلالیه لفقهائنا من دون سند و دعوی صاحب الجواهر انه حدیث نبوی مستفیض او متواتر لا نعرف وجهها(۲) فانه لم یثبت کونه حدیثا لیکون مستفیضا او متواترا.

و اما قول الشیخ فی الخلاف «دلیلنا: الأخبار المرویه فی أن إقرار العاقل علی نفسه جائز»(۳) فالظاهر انه نقل بالمضمون لما ورد فی هذا الباب لا انه روایه مستقله نعم قوله الاخر «دلیلنا: قول النبی علیه السلام: ان إقرار العاقل جائز علی نفسه»(۴) ظاهر فی کونه روایه مستقله و من المظنون قویا انها من روایات العامه .

و اما شهره العمل به - علی تقدیر کونه حدیثا - فلا یمکن الاعتماد علیها فی المقام لاحتمال ان استنادهم الیه لیس لکونه حدیثا صادرا عن النبی صلّی اللّه علیه و آله حقا بل لان مضمونه مضمون عقلائی لا یحتاج الی روایه, بل حجیه الاقرار عقلیه بتقریب ان العاقل حیث انه لا یکذب علی

۱- وسائل الشیعه ۱۶: ۱۳۳ الباب ۳ من ابواب الاقرار ح ۲، عوالی اللئالی ج ۱ ص ۲۲۳

۲- جواهر الکلام ۳۵: ۳

۳- الخلاف؛ ج ۳، ص: ۵۹۷

۴- الخلاف؛ ج ۵، ص: ۳۱۶

نفسه بما يضره فاذا اقرّ على نفسه بشى ء حصل القطع بصدق المضمون المقر به كما يرشد لذلك قوله تعالى: {أَ أَقْرَرْتُم وَ أَخَذْتُمْ عَلىٰ ذٰلِكُمْ إِصْرِی قالُوا أَقْرَرْنا}(١) و قوله تعالى {وَ آخَرُونَ اعْتَرَفُوا بِذُنُوبِهِم}(٢) و قوله تعالى {أَ لَسْتُ بِرَبِّكُمْ قالُوا بَلى}(٣) .

قاعده من ملك شيئا ملك الاقرار به

و اما قاعده من ملك شيئا ملك الاقرار به فاستدل لها بالاجماع و هو على فرض تحققه حدسى لا يوجب الكشف عن رأى المعصوم (ع) , نعم هى ثابته لاجل التلازم بين مالكيه الشىء و مالكيه الاقرار به عرفا, فمن كان له الحق فى تصرف معين كالزوج له الحق فى طلاق زوجته فلازم ذلك عرفا ان اخباره عن تحققه نافذ، و الوكيل فى بيع دار و نحوها يملك ايقاع ذلك و لازمه ان اخباره عن تحققه نافذ .

لا يقال: لو كان اقراره حجه لكان اخبار كل مخبر عن صدور فعله حجه كما لو استأجر الخياط على ان يخيط له كذا فأخبر الخياط بوقوع ذلك فمقتضى التلازم هو حجيه اخباره, مع انه ليس كذلك قطعا(۴), فانه يقال: هذا

١- آل عمران: ٨١

٢- التوبه: ١٠٢

٣- الاعراف: ١٧٢

۴- القواعد الفقهيه ج١ - البوجنردى؛ ص٩ ؛ بتصرف .

الاشكال و امثاله مما قيل لا علاقه له بموضوع القاعده اصلا فان موضوعها هو من مَلَکَ أمراً و کان ذلک الامر باختياره بلا منازع له فی ذلک الفعل فلا يشمل من يدعی شراء شیء لان منکر البيع النافی لادعاء المشتری يملک عدمه, و لا يشمل الخياط الاجير علی الفعل و ذلک لانه قد مُلِّکَ عليه الفعل بعقد الاجاره فلابد من تحويله الی الموجر لوجوب الوفاء بالعقود, لا انه مالک له فلا وجه لکفايه الاقرار به .

(الأوّل الصيغه و توابعها)

(و) الصيغه (هی: له عندی کذا, أو هذا الشی ء له, أو له فی ذمّتی کذا, و شبهه)

و يکفی فيها ما کان له دلاله عرفيّه حتّی أنّه لو ادّعی بعد ذلک إراده خلاف ما يفهم منه لا يقبل منه و ذلک لحجيه الظهورات، و قوله تعالی {کُونُوا قَوّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَداءَ لِلّهِ وَ لَوْ عَلی أَنْفُسِکُم} معناه مقرّين علی أنفسکم .

و لو علّقه بالمشيئه بطل

(و لو علّقه بالمشيئه) کقوله: إن شئت، أو إن شاء زيد، أو إن شاء اللّه (بطل ان اتّصل) الشرط، للشک فی شمول العمومات له لأن الإقرار إخبار جازم عن حق لازم سابق علی وقت الصيغه فالتعليق ينافيه، لانتفاء الجزم فی المعلق، إلّا أن يقصد فی التعليق علی مشيئه اللّه التبرک فلا يضر.

و قد يشكل البطلان فى التعليق على غير مشيئه الله تعالى بأن الصيغه قبل التعليق تامه الإفاده لمقصود الإقرار, فيكون التعليق بعدها كتعقيبه بما ينافيه فينبغى أن يلغو المنافى، لا- أن يبطل الإقرار. و الاعتذار بكون الكلام كالجمله الواحده لا يتم إلا بآخره، فأن تعقيب الإقرار بالتعليق ليس فى معنى كلامين مستقلين. بل المجموع كلام واحد و لذلك يؤثر التعليق على الكلام. مدفوع بأن هذا الاعتذار بعينه وارد فى جميع صور تعقيب الإقرار بالمنافى. فكما أن الفقهاء فى تلك الموارد يحكمون بصحه الإقرار و إلغاء التعقيب، كذلك يجب أن يحكموا فيما نحن فيه بإلغاء التعقيب من غير فرق.

و فيه: بالفرق بين المقامين فأن المراد بالمنافى الذى لا يسمع فى كلام الفقهاء هو ما وقع بعد تمام الصيغه جامعه، لشرائط الصحه، و هنا ليس كذلك لأن من جمله الشرائط التنجيز و هو غير متحقق بالتعليق فتلغو الصيغه.

حصيله البحث:

حقيقه الاقرار: هو اخبار الشخص عن حق ثابت عليه او نفى حق له على غيره و اقرار العقلاء على انفسهم نافذ كما و ان من ملك شيئا ملك الاقرار به, و صيغته: له عندى كذا أو هذا له أو له فى ذمّتى، كذا و شبهه و يكفى فيها ما كان له دلاله عرفيّه حتّى أنّه لو ادّعى بعد ذلك إراده خلاف ما يفهم

ص:١٥٨

منه لا یقبل منه, و لو علّقه بالمشیئه بطل إن اتّصل إلّا أن یقصد فی التعلیق علی مشیئه اللّه التبرک فلا یضر.

و یصحّ بالعربیّه و غیرها

(و یصحّ بالعربیّه و غیرها)

للعموم, و فی المبسوط: «لو أقرّ عربی بـالعجمیّه أو بـالعکس فـان کـان عالمـا بمعنی قوله لزمه إقراره، فـإن قال: قلت و لم أعرف معنـاه، فان صـدّقه المقرّ له لم یلزمه، و إن کـذّبه فالقول قول المقرّ مع یمینه» قلت: لحجیه الظهور الّا اذا ثبت انه لا یعرف معناه, و قیـل: یقبل قوله فی عـدم العلم، إن أمکن فی حقه، عملا بالظاهر من کونه غیر عارف باللغه, و الأصل من عـدم تجـدد العلم بغیر لغته .

و فیه: ان الظاهر المذکور لاحجیه فیه و هو مجرد احتمال لا یمنع من حجیه الظهور کما و ان حجیه الظهور مقدمه علی الاصل .

(و لو علّقه بشهاده الغیر فقال: ان شهد لک فلان فهو صادق فالأقرب البطلان) و إنما لم یؤثر هذا (لجواز أن یعتقد استحاله صدقه لاستحاله شـهادته عنـده علیه) و حیث ان مثـل هـذا فی محاورات العوام کثیر، یقول أحـدهم: إن شـهد فلان أنی لست لأبی فهو صادق، و لا یرید منه إلّا أنه لا تصدر عنه الشهاده، للقطع بعدم تصدیقه إیاه علی کونه لیس لأبیه، و غایته

قيام الاحتمال و هو كاف فى عدم اللزوم و عدم صراحه الصيغه فى المطلوب، و عليه فأصاله براءه الذمه هى المحكمه .

حصيله البحث:

و يصحّ بالعربيّه و غيرها فلو أقرّ عربى بالعجميّه أو بالعكس فان كان عالما بمعنى قوله لزمه إقراره، فإن قال: قلت و لم أعرف معناه، فان صدّقه المقرّ له لم يلزمه، و إن كذّبه فالقول قول المقرّ مع يمينه، و لو علّقه بشهاده الغير أو قال: إذا شهد لك فلانٌ فهو صادقٌ، فالأقرب البطلان، لجواز أن يعتقد استحاله صدقه لاستحاله شهادته عنده.

و لا بدّ من كون المقرّ كاملا خاليا من الحجر

(و لا بدّ من كون المقرّ كاملا)

بالبلوغ و العقل اما المجنون - سواء كان مطبقا أو أدواريا حال دوره - فلا يصح منه لعدم المقتضى لحجيته .

و اما الصبى فلا يقبل إقرار فى ما لا يصح به إنشاؤه, و اما لو كان بإذن وليه فيبتنى قبول اقراره على صحه انشائه باذن الولى و عدمه فان صح كما هو المختار قبل اقراره لعدم المانع و الّا فلا .

قال فى الجواهر: «و أما لو أقر بماله أن يفعله كالوصيه بالمعروف التى قد عرفت الحال فى جوازها منه فى محله صح على ما صرح به غير واحد،

ص:۱۶۰

لقاعده من ملک شیئا ملک الإقرار به التی طفحت بها عباراتهم، بل صریح بعضهم أنه لا خلاف فیها عندهم»(۱).

(خالیا من الحجر للسّفه)

و ذلک لان السفیه ممنوع من کل تصرف مالی کما تقدم .

و کـذلک لاـ یقبل إقراره فی حال التفلیس بعین و ذلک لتعلق حق الغرماء به نعم یصـح اقراره بـدین و لکن یتعلق المال المقر به بذمته و لا یشارک الغرماء المقر له .

و کـذلک لا یقبل عندنا إقرار المملوک و إن کان بالغا عاقلا بمال و لا حد و لا جنایه توجب أرشا أو قصاصا لان اقراره فی حق الغیر لا علی نفسه و ظاهر السرائر و قضاء المبسوط الإجماع علی أنه لا یقبل إقراره بعقوبه و لا مال(۲).

(و إقرار المریض من الثلث مع التّهمه و الّا فمن الأصل)

لصـحیح ابن مسـکان و هو من اصـحاب الاجماع عن العلاء بیّاع السابریّ: «سألت أبا عبد اللّه (علیه السـلام) عن امرأه اسـتودعت رجلا مالا فلمّا حضرها الموت قالت له: إنّ المال الذی دفعته إلیک لفلانه و ماتت المرأه فأتی أولیاؤها

۱- جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۳۵، ص: ۱۰۴

۲- جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۳۵، ص: ۱۰۷

الرّجـل، فقـالوا له: إنّه كـان لصاحبتنـا مـال لا نراه إلّا عنـدك، فاحلف لنا ما قبلك شـی ء، أ فيحلف لهم؟ فقال: إن كانت مأمونه عنـده فيحلف لهم و إن كـانت متّهمه فلاـ يحلف، و يضع الأـمر على مـا كـان، فإنّمـا لها من مالها ثلثه»(۱)، و صـحيح منصور بن حازم: «سألت أبا عبد اللّه (عليه السـلام) عن رجل أوصـى لبعض ورثته أنّ له عليه دينا، فقال: إن كان الميّت مرضيّا فأعطه الذى أوصى له»(۲). و موثق أبى أيّوب عنه (عليه السلام) (۳).

و صحيح محمّد بن عبد الجبّار: «كتبت إلى العسكرىّ (عليه السلام): امرأه أوصت إلى رجل و أقرّت له بدين ثمانيه آلاف درهم و كـذلك ما كان لها من متاع البيت- إلى- فرأيك- أدام اللّه عزّك- فى مسأله الفقهاء قبلك عن هـذا و تعريفنا ذلك لنعمل به إن شاء اللّه، فكتب (عليه السلام) بخطّه: إن كان الدّين صحيحا معروفا مفهوما فيخرج الدّين من رأس المال إن شاء اللّه، و إن لم يكن الدّين حقّا أنفذ لها ما أوصت به من ثلثها كفى أو لم يكف»(۴).

و على هذا التفصـيل تحمل المطلقات بمقتضـى حمل المطلق على المقيد مثل صـحيح الحلبىّ عن الصّادق (عليه السلام) قلت له: الرّجل يقرّ لوارث بدين، فقال: يجوز إذا كان مليّا»(۵) و صحيح أبى ولّاد، عنه عليه السّلام: سألته عن

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۹، ص: ۱۶۰ح۷

۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۹، ص: ۱۵۹ح۲

۳- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۹، ص: ۱۶۰ح۳

۴- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۹، ص: ۱۶۱ح۹

۵- الكافی (ط - الإسلاميه) ج ۷ ص ۴۱

رجل مریض أقرّ عند الموت لوارث بدین له علیه، قال: یجوز ذلک، قلت: فإن أوصی لوارث بشی ء؟ قال: جائز»(۱).

و أمّا موثق سماعه: «سألته عمّن أقرّ للورثه بدین علیه و هو مریض، قال: یجوز علیه ما أقرّ به إذا کان قلیلا»(۲).

و صحیح إسماعیل بن جابر: «سألت أبا عبد اللّه (علیه السلام) عن رجل أقرّ لوارث له و هو مریض بدین علیه قال: یجوز علیه إذا أقرّ به دون الثلث»(۳) فمحمولان علی اتّهام المیّت، و ذلک لصحیح ابن مسکان المتقدم .

حصیله البحث:

لا بدّ من کون المقرّ کاملاً بالبلوغ و العقل فلا یصح اقرار المجنون سواء کان مطبقا أو أدواریا حال دوره و کذلک الصبی فلا یقبل إقرار فی ما لا یصح به إنشاؤه, و اما لو کان بإذن ولیه فیبتنی قبول اقراره علی صحه انشائه باذن الولی و عدمه فان صح کما هو المختار قبل اقراره لعدم المانع و الّا فلا.

و ان یکون المقر خالیاً من الحجر للسّفه فلا یقبل اقرار السفیه و کذلک لا یقبل إقرار المقر فی حال التفلیس بعین و ذلک لتعلق حق الغرماء به نعم یصح اقراره بدین و لکن یتعلق المال المقر به بذمته و لا یشارک الغرماء

۱- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۷ ص ۴۲
۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۹، ص: ۱۶۰ح۴
۳- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۹، ص: ۱۶۰ح۵

المقر له, و كـذلك لاـ يقبـل عنـدنا إقرار المملوك و إن كـان بالغـا عاقلاـ بمال و لا حـد و لا جنايه توجب أرشا أو قصاصا لان اقراره فی حق الغير لا على نفسه, و إقرار المريض من الثّلث مع التّهمه و إلّا فمن الأصل.

و إطلاق الكيل أو الوزن يحمل على المتعارف فی البلد

(و إطلاق الكيل أو الوزن يحمل على المتعارف فی البلـد, فان تعـدّد عيّن المقرّ ما لم يغلب أحـدها فيحمل على الغالب) و ذلك لانصراف الالفاظ عرفاً الى ما قاله المصنف .

و لو أقرّ بلفظ مبهم صحّ

(و لو أقرّ بلفـظ مبهم صـحّ و الزم تفسـيره كالمـال و الشـی ء و الجزيـل و العظيم و الحقير، و لا بـدّ من كونه ممّا يتمول) عرفا (لا كقشر جوزه أو حبّه دخن(۱)) تحكيما للظهورات العرفيه, و قيل: يقبل بذلک، لأنه مملوک شرعا، و الحقيقه الشرعيه مقدمه على العرفيه، و لتحريم أخـذه بغير إذن مـالكه، و وجوب رده. و فيه: أن الملـک لا يسـتلزم إطلاق اسم المال شـرعا لانه اعم، و العرف يأباه.

(و لا فرق بين قوله عظيم أو كثير) تحكيما للظهورات العرفيه .

۱- الدخن بضم الدال: نبات حبه صغير أملس. الواحده: دخنه.

(و قيل: انّ الكثير ثمانون)

قال فى الخلاف: «إذا قال له: عندى مال، جليل أو عظيم أو نفيس أو خطير لم يتقدّر ذلك بمقدار، و أىّ مقدار فسّره به كان مقبولا قليلا كان أو كثيرا، و به قال الشّافعىّ، و إن قال: «له عندى مال كثير» فإنّه يكون إقرارا بثمانين على الرّوايه التى تضمّنت بأنّ الوصيّه بالمال الكثير وصيّه بثمانين، و لم يعرف تفسير كثير بما قلناه أحد من الفقهاء...»(۱).

و فيه: ان الرّوايه تضمّنت النّذر بالمال الكثير لا الوصيّه و هى ما عن علىّ بن إبراهيم، عن بعض أصحابه ذكره «قال: لمّا سمّ المتوكّل نذر إن عوفى أن يتصدّق بمال كثير فلمّا عوفى سأل الفقهاء عن حدّ المال الكثير، فاختلفوا عليه فقال بعضهم: مائه ألف، و قال بعضهم: عشره آلاف- إلى- قال: إنّه بعث جعفر بن محمود إلى الهادى (عليه السلام) و سأله، فقال عليه السّلام: الكثير ثمانون، فقال له جعفر: يا سيّدى إنّه يسألنى عن العلّه، فقال عليه السّلام: إنّ اللّه عزّ و جلّ يقول {لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللّهُ فِى مَوٰاطِنَ كَثِيرَه} فعددنا تلك المواطن فكانت ثمانين»(۲).

ثمّ النذر أو الوصيّه يصحّان بالكثير و إن لم يعلم الناذر و الموصى معنى الكثير فيحمل على ذاك المعنى اذا لم يرد بذلك المعنى العرفى و بذلك افتى الكلينى و الفقيه(۳) و الخلاف و ابن حمزه، و أمّا المقرّ فان علم أنّه

۱- الخلاف اول كتاب الاقرار

۲- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۷ ص ۴۶۴ باب النوادر

۳- الفقيه ج ۴ ص ۲۰۶ باب الوصيه بالشى ء من المال و السهم و الجزء و الكثير .

يتكلّم بالمعنى الشّرعىّ يؤخذ به و إلّا فليرجع إليه فى تفسيره لو اراد بذلك المعنى العرفى .

و لو قال له على أكثر من مال فلان لزمه بقدره

(و لو قال له على أكثر من مال فلان لزمه بقدره و زياده و لو فسره بدونه و ادعى ظن القله حلف)

لأصاله عدم علم المقر بكميه مال ذلك الشخص الواقعيه مع ظهور أن المال من شأنه أن يخفى .

(و فسر بما ظنه) و زاد على كميه مال الشخص الذى ظنه ألف دينار مثلا زياده على ما ظنه، لمكان قوله: له على أكثر من مال فلان, هذا مع إمكان الجهل به فى حقه.

و الاصل فى هذا الفرع المبسوط و زاد: «و إن قامت البيّنه أيضا على قدر ماله، قال: فقد يملك الرّجل مالا كثيرا فى الباطن و يعتقد فيه أنّه قليل المال، فدعواه و شهاده شاهدين يجريان مجرى واحدا».

حكم ما لو قال «له على كذا درهم» بالحركات الثلاث

(و لو قال: «له على كذا درهم» بالحركات الثلاث أو الوقف فواحد)

ص:۱۶۶

اى لزمه درهم واحد على كل التقادير عند المصنف, و وجهه لاشتراكه بين الواحد فما زاد وضعا فيحمل على الأقل، لأنه المتيقن إذا لم يفسره بأزيد، فإن" كذا" كنايه عن " الشى ء". فمع الرفع يكون الدرهم بدلا منه، و التقدير:" شى ء درهم". و مع النصب يكون تمييزا له، و أجاز بعض أهل العربيه نصبه على القطع فيكون نصبه بتقدير فعلٍ أى أعنى درهما. و مع الجر تقدر الإضافه بيانيه فيكون المضاف إليه بيانا للمضاف كخاتم فضه, و خص المبسوط الدرهم الواحد للرّفع و النصب دون الجرّ فقال: «فان قال: «له علىّ كذا درهما» لزمه درهم واحد، لأنّه أخرجه مخرج التفسير(١) فكان تفسيرا لكذا، و إن قال: «درهم» بالرفع لزمه درهم واحد، و معناه كذا هو درهم أى الذى أقرّ به درهم، و إن قال: «درهم» بالكسر(٢) لزمه أقلّ من درهم فبأى قدر فسّره قبل منه لأنّه يحتمل أن يريد بعض درهم، لانّ «كذا» عباره عن البعض و عن الجمله» ثمّ قال: «و فى الناس من قال: يلزمه درهم واحد، و الأصحّ الأوّل للاحتمال»(٣).

قلت: و لا يخفى قوه كلام الشيخ, و مثل الجر الوقف أيضا لاحتماله الجرّ .

(و كذا كذا درهما، و كذا و كذا درهما كذلك)

اى فى حمله على الدرهم مع الحركات الثلاث، و الوقف، لاحتمال كون" كذا" الثانى تأكيدا للأول فى الأول, و الحكم فى الإعراب ما سلف، و فى

ص:١۶٧

١- مراده من التفسير التمييز .

٢- مراده من الكسر الجرّ .

٣- المبسوط كتاب الاقرار .

الوقف ينزل على أقل الاحتمالات, و لاحتمال كون" كـذا" الاول شـيئا مبهما، و كذا" الثانى فى قوله:" كذا و كذا" معطوفا على الاول, و ميّزا بـدرهم على تقـدير النصب، و أبـدلا منه على تقـدير الرفع، و بُيّنـا معـا بالـدرهم مع الجر. و نُزِّل على أحـدهما مع الوقف، أو أضيف الجزء إلى جزء الدرهم فى الجر على ما اختاره الشيخ و قويناه، و حمل الوقف عليه أيضا.

(و لو فسر فى الجر) من الأقسام الثلاثه (ببعض درهم جاز) لإمكانه وضـعا بجعل الشى ء المراد ب" كذا" و ما ألحق به من صور التكرار أو العطف كنايةً عن الجزء.

اقول: أن قبول تفسيره به يقتضـى صحته بحسب الوضع، فكيف يحمل مع الإطلاق على ما هو أكثر منه مع إمكان الأقل، فالحمل عليه مطلقا أقوى.

(و قيل) و القائل به الشيخ و جماعه(١) (يتبع فى ذلك موازنه(٢) من الأعداد)

جعلاً لكـذا كنايه عن العـدد، لا عن الشـى ء فيكون الدرهم فى جميع أحواله تمييزا لذلك العدد، فينظر إلى ما يناسـبه بحسب ما تقتضيه قواعد العربيه من إعراب المميز للعدد و يحمل عليه.

١- الروضه البهيه فى شرح اللمعه الدمشقيه (ط - كلانتر)، ج ۶، ص: ٣٩٨
٢- أى تحمل الصور المتقـدمه على نظيرتها من الأعـداد المميزه, فيكون «كـذا» كنايه عن العدد. فقول القائل: كذا درهما يحمل على العشرين، لأنه أقل عدد مفرد يكون مميزه مفردا منصوبا، و هكذا .

(و انما یمکن هذا مع الاطلاع علی القصد)

أی علی قصد المقر و أنه أراد ما ادعاه الشیخ، أو کون المقرّ مقیّدا بالاستعمال علی القواعد النحویّه .

(و لو قال: «علی علیک ألف» فقال: نعم أو أجل أو بلی أو أنا مقرّبه لزمه)

لانّ کلا منها دالّ بالدلاله العرفیّه فی زماننا هذا علی الإقرار و إن کان وقوع بلی فی الجواب استعمالا فی غیر محلّه لانّه لا یجی ء إلّا بعد النفی لغهً کقوله تعالی {أَ لَیْسَ هٰذٰا بِالْحَقِّ، قٰالُوا بَلیٰ وَ رَبِّنٰا}(۱) و غیره من الایات .

(و لو قال زنه أو انتقده أو أنا مقرّ) و لم یقل: به (لم یکن شیئا)

قیل فی وجهه: اما الأولان فلانتفاء دلالتهما علی الإقرار، لإمکان خروجهما مخرج الاستهزاء فإنه استعمال شائع فی العرف، و أما الأخیر فلأنه مع تسلیم انتفاء احتمال الوعد یحتمل کون المقر به المدعی و غیره، فإنه لو وصل به قوله" بالشهادتین" أو" ببطلان دعواک" لم یختل اللفظ لأن المقر به غیر مذکور، فجاز تقدیره بما یطابق المدعی و غیره معتضدا بأصاله البراءه.

اقول: لا یخفی ان الملاک هو الظهور العرفی فکل کلام له ظهور عرفا فهو حجه و کل کلام لا ظهور له لا حجیه فیه و علیه فالصحیح کفایتها و الأخیر و إن لم یکن مثل قوله تعالی {أَ أَقْرَرْتُمْ وَ أَخَذْتُمْ عَلیٰ ذٰلِکُمْ إِصْرِی

۱- الانعام ایه ۳۰ و الاحقاف ۳۴

قَالُوا: أَقْرَرْنٰا} فی الصراحه لکن فیه دلاله ظاهره کما أنّ الأوّلین و إن احتمل صدورهما استهزاء إلّا أن الأصل عدمه إلّا مع القرینه.

(و لو قال: «أ لیس لی علیک کذا»؟ فقال: بلی کان إقراراً)

لأن بلی حرف یقتضی إبطال النفی لغهً سواء کان مجردا عن الاستفهام نحو {زَعَمَ الَّذِینَ کَفَرُوا أَنْ لَنْ یُبْعَثُوا قُلْ بَلیٰ وَ رَبِّی}(۱) أم مقرونا بالاستفهام الحقیقی کمثال المصنف، أم التقریری نحو { أَ لَمْ یَأْتِکُمْ نَذِیرٌ قٰالُوا بَلی}(۲).

(و کذا لو قال: نعم علی الأقوی)

قیل: لقیامها مقام بلی لغه و عرفا أمّا العرف فظاهر و أمّا اللّغه فمنها قول النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله للأنصار «أ لستم ترون لهم ذلک، فقالوا: نعم» و قول بعضهم:

أ لیس اللّیل یجمع أمّ عمرو

و إیّانا فذاک بنا تدانی

ص:۱۷۰

۱- التغابن: الآیه ۷

۲- الملک: الآیه ۸

نعم و أرى الهلال كما تراه

و يعلوها النّهار كما علانى(۱)

و نقل فى المغنى عن سيبويه وقوع نعم فى جواب «أ لست» و حكى عن جماعه من المتقدّمين و المتأخّرين جوازه .

فاجيب بانه: فى العربيّه الصحيحه لا يقع إلّا «بلى» كما فى آيات كثيره و به صرّح فى المبسوط و نقله عن الفقهاء فقال: «قالوا: لو قال فى جواب «أ ليس لى عليك ألف»: «نعم» يكون معناه ليس لك على شى ء و يكون إنكارا لا إقرارا», و أمّا شعر جحدر «أ ليس اللّيل» فقال ابن عصفور: «نعم» فيه جواب لغير مذكور و هو ما قدّره فى اعتقاده من أنّ اللّيل يجمعه و أمّ عمرو، أو هو جواب لقوله: «و أرى الهلال» و قدّمه عليه.

و أمّا الخبر فقال ابن عصفور: هو بالقرينه لأن النّبىّ صلّى اللّه عليه و آله علم أنهم يريدون نعم فعرف لهم ذلك» و حينئذ فإن استعمل فى عرف المقرّ «نعم» بدل «بلى» لاختلاف الاستعمالات فى الأعصار و الأمصار فذاك، و إلّا فنعم فى مثله إنكار لا إقرار، و قد صرّح المبرّد بعدم إتيان بلى بعد غير النفى، و سيبويه لم ينقله عن العرب بل ذكره فى مثال من كلامه و لم ينقل

۱- أنشد هذين البيتين جحدر بن مالك ضمن أبيات حين أمر به الحجاج إلى السجن. فقال لبعض من يريد الخروج إلى اليمامه: تحمل عنى شعرا، فأنشد الأبيات. و الشاهد فى وقوع" نعم" إثباتا فى جواب استفهام النفى.

عن جمع من المتقدّمين و المتأخّرين جوازه مطلقا، بل مع القرينه و لا كلام فيه(۱).

حصيله البحث:

إطلاق الكيل أو الوزن يحمل على المتعارف فى البلـد و إن تعدّد عيّن المقرّ ما لم يغلب فيحمل على الغالب، و لو أقرّ بلفظٍ مبهمٍ صحّ و ألزم بتفسيره كالمال و الشّى ء و الجزيل و العظيم و الحقير، و لا بدّ من كونه ممّا يتموّل لا كقشر جوزهٍ أو حبّه دخنٍ، و لا فرق بين قوله عظيمٌ أو كثيرٌ، و لو قال: له أكثر من مال فلانٍ، و فسّره بدونه و ادّعى ظنّ القلّه حلف. و فسّر بما ظنّه هذا مع إمكان الجهل به فى حقه, و لو قال: له عليّ كذا درهمٍ بالحركات الثّلاث أو الوقف لزمه درهم واحد للرّفع و النصب دون الجرّ و الوقف فلو قـال: «درهم» بالكسـر او الوقف لزمه أقـلّ من درهم فبـأى قـدر فسّـره قبل منه لانّه يحتمل أن يريـد بعض درهم، و كـذا كـذا درهماً، و لو قال: كـذا و كذا درهماً لزمه درهم واحد للرّفع و النصب و لزمه فى الجر والوقف بعض درهم لاحتمال كون" كذا" الثانى تأكيـدا للأول فى الأول, و لاحتمال كون" كـذا" الاول شـيئا مبهما، و قال الشـيخ: يتبع فى ذلك موازنه من الأعداد. قلت: يمكن هـذا مع الاطّلاـع على القصـد, و لو قـال: لى عليـك الفٌ، فقـال: نعم أو أجـل أو بلى أو أنا مقرٌّ به، لزمه. و لو قال: زنه أو انقده أو أنا مقرٌّ صح ايضاً. و لو قال: أ ليس لى عليك كذا؟ فقال: بلى، كان إقراراً. و كذا نعم اذا

۱- النجعه ج ۱۰ كتاب الاقرار

استعملت «نعم» فی عرف المقرّ بدل «بلی» و الّا اذا کان عرف المقر مطابقا للغه العرب فیؤخذ بما علیه اللغه من الانکار لا الاقرار .

(الفصل الثانی فی تعقیب الإقرار بما ینافیه)

حکم الاستثناء المستوعب

(و المقبول منه الاستثناء إذا لم یستوعب المستثنی منه)

اقول: المقبول من الاستثناء إذا بقی الأکثر کما هو المتعارف قال أبو بکر الصّولیّ فی کتابه أدب الکاتب: «یکتبون لخمس عشره لیله خلت» و إن شاءوا کتبوا «للنصف من شهر کذا» و لا یکتبون «لخمس عشره لیله بقیت» قال: کرهوا ذلک لأنّه شبیه الاستثناء و لا یکون إلّا أقلّ ممّا استثنی منه، و لکن یکتبون بعد النّصف بیوم «لأربع عشره لیله بقیت».

و بعدم الجواز صرّح ابن درستویه کما نقله المبسوط، و بذلک یظهر ضعف ما فی قیل: «إنّ المستثنی و المستثنی منه کالشی ء الواحد فلا تتفاوت الحال بکثرته و قلّته».

و أمّا استدلال المبسوط لجوازه بقوله تعالی {إِنَّ عِبَادِی لَیسَ لَکَ عَلَیهِمْ سُلْطَانٌ إِلَّا مَنِ اتَّبَعَکَ مِنَ الْغَاوِین} و قوله جلّ و علا عن إبلیس {فَبِعِزَّتِکَ لَأُغْوِیَنَّهُمْ أَجْمَعِینَ إِلَّا عِبَادَکَ مِنْهُمُ الْمُخْلَصِین} قال «فاستثنی من الغاوین مرّه و من المخلصین اخری و لا بدّ أنّ أحدهما أکثر», و بقول الشاعر

أدّوا الّتى نقصت تسعين من مائه

ثمّ ابعثوا حكما بالحقّ قوّالا

فاجيب: بان الاول ليس بدليل على جواز استثناء السّتّين من مائه لأنّ الكثره و القلّه غير معلومين من اللّفظ بل من الخارج وقوعا و مصداقا و أمّا مفهوما فيمكن أن يكون الغاوون أكثر و يمكن أن يكون المخلصون أكثر.

و اما قول الشاعر ففيه: أنّه ليس باستثناء اصطلاحى مع أنّه من قبيل الأحجيّه و لا حجيّه فيه فهو كمن قال لآخر: كم صدت؟ فقال: عشرين إلّا تسعه عشر.

(و إذا اتّصل بما جرت به العاده فمن الإثبات نفى و من النفى إثبات، فلو قال: له على مائه إلا تسعين» فهو إقرار بعشره و لو قال: الا تسعون فهو إقرار بمائه)

و قيل فى وجه الفرق بينهما هو أنّ الأوّل فقط استثناء لأنّ فى الإيجاب ينصب المستثنى بالّا، و أمّا الثّانى المرفوع فليس باستثناء بل وصف فكأنّه قال «له على مائه الذى غير التسعين».

و فيه: انه غير مستعمل عرفا فهو وصف لغو يجلّ العاقل عن التكلّم بمثله، نعم لو كان مثل قوله تعالى { لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا} من وصفه لجمع منكر أو مثل المنكر كقوله «قليل بها الأصوات إلّا بغامها» كان فى محلّه, نعم لو كان المقر نحويا فيكون مقرا بالمائه لكونه وصفا لا استثناءً.

ص:۱۷۴

حکم ما لو قال لیس له علیّ مائه إلّا تسعون

(و لو قال: لیس له علیّ مائه إلّا تسعون فهو إقرار بتسعین)

و ذلک لانّ المستثنی من المنفیّ التامّ یکون مرفوعا فلمّا رفع التسعین علم أنّه استثناء من المنفی فیکون استثناء للتسعین بعد نفی المائه.

(و لو قال: الّا تسعین فلیس مقرّا)

قال الشهید الثانی: «لانّ نصب المستثنی دلیل علی کون المستثنی منه موجبا، و لما کان ظاهره النّفی حمل علی أنّ حرف النفی داخل علی الجمله المثبته المشتمله علی الاستثناء أعنی مجموع المستثنی و المستثنی منه و هی «له مائه إلّا تسعین» فکأنّه قال المقدار الذی هو مائه إلّا تسعین لیس له علیّ أعنی العشره الباقیه بعد الاستثناء کذا قرّره المصنّف فی شرح الإرشاد علی نظیر العباره و غیره، و فیه نظر لانّ ذلک لا یتمّ إلّا مع امتناع النّصب علی تقدیر کون المستثنی منه منفیّا تامّا لکن النصب جائز حینئذ اتّفاقا و إن لم یبلغ رتبه الرفع (شهرهً) قال ابن هشام: النصب عربی جید. فقد قرئ به فی السبع {ما فعلوه إلّا قلیلا}(۱) {وَلا یَلْتَفِت مِنْکُم أحَدٌ إِلَّا امْرَأَتَک}(۲)»(۳).

ص:۱۷۵

۱- النساء: الآیه ۵۶

۲- هود: الآیه ۸۱

۳- الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه (ط - کلانتر)؛ ج ۶، ص: ۴۱۱

قلت: فی مثل هذا یحمل علی المتعارف فان کان فهو و الّا فیؤخذ بالمقدار المتیقن من الکلام عرفا و ذلک لأصاله البراءه عما زاد .

حصیله البحث:

المقبول من الاستثناء بعد تعقیبه بما ینافیه هو إذا ما بقی الأکثر من المستثنی منه و اتّصل بما جرت به العاده، فمن الإثبات نفیٌ و من النّفی إثباتٌ فلو قال: له علیّ مائهٌ إلّا تسعین، فهو إقرارٌ بعشرهٍ. و کذا لو قال: إلّا تسعون، فهو إقرارٌ بعشره عرفا الّا اذا کان المقر نحویا فیکون مقرا بالمائه لکونه وصفا لا استثناءً. و لو قال: لیس له علیّ مائهٌ إلّا تسعون، فهو إقرارٌ بتسعین. و لو قال: إلّا تسعین، فقیل: انه لیس مقراً. قلت: فی مثل هذا یحمل علی المتعارف فان کان فهو و الّا فیؤخذ بالمقدار المتیقن من الکلام عرفا .

حکم ما لو تعدد الاستثناء و کان بعاطف

(و لو تعدد الاستثناء و کان بعاطف) و مثّل له فی المبسوط بقوله: «له علیّ عشره إلّا ثلاثه و إلّا اثنین» قال استثنی الثلاثه و الاثنین من العشره .

(أو کان الثانی أزید من الأوّل) کقولک: «له عشره إلّا واحدا إلّا اثنین» (أو مساویا له) کقولک «له عشره إلّا واحدا إلّا واحدا» (رجعا جمیعا الی المستثنی منه)

ص:۱۷۶

و الوجه فى ذلك: أما مع العطف فلوجوب اشتراك المعطوف و المعطوف عليه فى الحكم فهما كالجمله الواحده، و لا فرق بين تكرر حرف الاستثناء و عدمه، و لا ـ بين زياده الثانى على الأول، و مساواته له، و نقصانه عنه. و أما مع زياده الثانى على الأول و مساواته بلا عطف فلاستلزام عوده إلى الأقرب الاستغراق و هو باطل فيصان كلام المقر عن الهذر بعودهما معا إلى المستثنى منه.

و فيه: إنّما يصحّ فى من علم تكلّمه بالقواعد النّحويّه، و فى غيره يصحّ فى قدر متيقّن يفهم منه العرف ذلك .

(و الّا رجع التالى إلى متلوّه) و مثّل له الشيخ بقوله: «له عشره إلّا خمسه إلّا اثنين» فقال: «كان إقرارا بسبعه» و وجه رجوعه الى متلوه ظهوره عرفا لقربه، و عوده إليهما يوجب التناقض إذ المستثنى و المستثنى منه متخالفان نفيا و إثباتا, و استدل المبسوط له بقوله تعالى {إِنّا أُرْسِلْنا إِلى قَوْمٍ مُجْرِمِينَ إِلّا آلَ لُوطٍ إِنّا لَمُنَجُّوهُمْ أَجْمَعِينَ إِلَّا امْرَأَتَه} .

اقول: قد تقدم ان ذلك يصحّ فى من علم تكلّمه بالقواعد النّحويّه، و فى غيره يصحّ فى قدر متيقّن يفهم منه العرف ذلك .

حصيله البحث:

و لو تعدّد الاستثناء و كان بعاطفٍ أو كان الثّانى أزيد من الأوّل أو مساوياً له قيل: برجوعهما جميعاً إلى المستثنى منه و إلّا رجع التّالى إلى متلوّه. قلت:

إنّما يصحّ ذلک فی من علم تکلّمه بالقواعد النّحویّه، و فی غیره یصحّ فی قدر متیقّن یفهم منه العرف ذلک.

حکم الاستثناء من غیر الجنس

(و لو استثنی من غیر الجنس) بأن قال: له علی مائه درهم إلّا ثوبا (صحّ و أسقط) المستثنی باعتبار قیمته حسب المتفاهم العرفی (من المستثنی منه فإذا بقی منه بقیّه لزمت و الّا بطل) الاستثناء للاستغراق (کما لو قال له علی مائه إلّا ثوبا)

القول ببطلان الاستثناء و إلزامه بالمائه للإسکافیّ، و اختار المختلف بطلان تفسیره و مطالبته بتفسیر آخر و الاقوی هو أنّ العرف إذا لم یفهم منه شی ء فلا أثر له و ذلک لاحتمال انه ألغز فی عدم شی ء علیه کمن قال لآخر- و أراد أن یقول له بإقرارک- بإقرار ابن أخت خالتک.

حکم الاستثناء المستغرق

(و المستغرق باطل کما لو قال له علیّ مائه إلّا مائه و کذا الإضراب ببل مثل له علی مائه بل تسعون فیلزمه فی الموضعین مائه))

عند المصنف و ذلک لبطلان الاستثناء المستغرق بالاتفاق . و فیه: ان الاستثناء المستغرق باطل اذا انعقد الظهور لصدر الکلام لا ما اذا لم ینعقد

ص:۱۷۸

کما فی المقام حیث أنّ الکلام واحد ولا یعلم أثر لأوّل کلامه فلا یعلم کون شـی ء علیه فی المثال الأوّل و أزید من التسعین فی المثال الثانی .

حصیله البحث:

لو استثنی من غیر الجنس کما لو قال: له علیّ مائهٌ إلّا ثوباً صحّ و أسقط المستثنی من المستثنی منه فإذا بقی بقیّهٌ لزمت و إلّا فقیل بالبطلان و الاقوی هو أنّ العرف إذا لم یفهم منه شـی ء فلا أثر له و ذلک لاحتمال انه ألغز فی عدم شی ء علیه, و لو قال: له علیّ مائهٌ إلّا مائهً. او مائهٌ بل تسعون، قیل: یلزمه فی الموضعین مائهٌ. قلت: الاستثناء المستغرق باطل اذا انعقد الظهور لصدر الکلام لا ما اذا لم ینعقد کما فی المقام حیث أنّ الکلام واحد ولا یعلم أثر لأوّل کلامه فلا یعلم کون شی ء علیه فی المثال الأوّل و أزید من التسعین فی المثال الثانی .

حکم ما لو قال له علی عشره من ثمن مبیع لم أقبضه

(و لو قال: له علی عشره من ثمن مبیع لم أقبضه ألزم بالعشره)

و لا یلتفت إلی دعواه عـدم قبض المبیع اذا لم یصدقه المقر له، للتنافی بین قوله: علی، و کونه لم یقبض المبیع، لأن مقتضاه عدم استحقاق المطـالبه بثمنه مع ثبوته فی الـذمه، فـإن البـائع لا یسـتحق المطالبه بالثمن إلّا مع تسـلیم المبیع, و الوجه فی ذلک هو انه إقرار منضمّ إلی دعوی عین .

ص:۱۷۹

و اجیب: (بانه لمّا کان إقراره مقیّدا لم یحمل علی المطلق، و إنّما یؤخذ بالمتیقّن من الإقرار، نعم لو کان قوله الأخیر منفصلا لم یقبل، و بذلک قال المبسوط و القاضی، و المصنّف تبع الحلیّ فقال: «لا فرق بینهما» أی کما لا یقبل المنفصل لا یقبل المتّصل و هو بحکمه, و أمّا کونه إقراراً منضمّاً إلی دعوی عین فلیس کذلک لإنّه إقرار متفرّع علی ذاک الدّعوی فان سمعت سمع و إلّا فلا، و هذا نظیر إقرارنا بنبوّه موسی و عیسی و ادّعائنا نبوّه نبیّنا صلّی اللّه علیه و آله، فلا یصحّ إلزامنا بقبول إقرارنا دون دعوانا، فلو لم یقبل لم نکن مقرّین أصلا، کما فی صحیح صفوان بن یحیی فی خبر یوحنّا أبی قرّه صاحب الجاثلیق مع الرّضا (علیه السلام) قال له علیه السّلام: «ما تقول فی فرقه ادّعت دعوی فشهدت لهم فرقه أخری معدّلون قال: «الدّعوی لهم» قال: «فادّعت فرقه أخری دعوی فلم یجدوا شهودا من غیرهم، قال: لا شی ء لهم» قال: «فانّا ادّعینا أنّ عیسی روح اللّه و کلمته ألقاها إلی مریم فوافقنا علی ذلک المسلمون، و ادّعی المسلمون أنّ محمّدا نبیّ فلم تتابعهم علیه، و ما أجمعنا علیه خیر ممّا افترقنا فیه. فقال (علیه السلام) له: یا یوحنّا إنّا آمنّا بعیسی بن مریم روح اللّه و کلمته الذی کان یؤمن بمحمّد و یبشّر به و یقرّ علی نفسه أنّه عبد مربوب فان کان عیسی الذی هو عندک روح اللّه و کلمته لیس هو الذی آمن بمحمّد صلّی اللّه علیه و آله و بشّر به و لا هو الذی أقرّ للّه بالعبودیّه و الرّبوبیّه فنحن منه برءاء فأین اجتمعنا؟ فقام و قال: ما أغنانا عن هذا المجلس...»((۱))(۲).

ص:۱۸۰

۱- عیون أخبار الرضا ع ج ۲ ص ۲۳۰ باب جواب الرضا ع عن سؤال صاحب الجاثلیق .

۲- النجعه ج ۱۰ کتاب الاقرار .

اقول: الإقراره المقیّد ینحل الی اقرار و ادعاء عرفا و عمومات الاقرار شامله له نعم یصح ما قال فی ما اذا صدقه المقر له و ادعی علیه طلبا اخر فلا یثبت طلبه بذلک الاقرار المقید, و اما صحیح صفوان فهو اجنبی عن المقام لانه لا یتضمن ادعاء حق للنصاری علی المسلمین حتی یؤخذ به المسلمون و ان اقرارنا بدین المسیح لا یکون علینا حجه بعدم حجیه دین الاسلام و ذلک لان اقرارنا به کان متفرعا علی اعتقادنا بدین الاسلام و هذا المعنی لا علاقه له بالحقوق .

(و کذا) یلزم بالعشره لو أقر بها ثم عقبه بکونها (من ثمن خمر أو خنزیر) عند المصنف و ذلک لتعقبه الإقرار بما یقتضی سقوطه، لعدم صلاحیه الخمر و الخنزیر مبیعا یستحق به الثمن فی شرع الإسلام .

و لو قال له علی قفیز حنطه بل قفیز شعیر لزماه

(و لو قال له علی قفیز حنطه بل قفیز شعیر لزماه، و لو قال: له علی قفیز حنطه بل قفیزان حنطه فعلیه قفیزان. و لو قال: له هذا الدّرهم بل هذا الدّرهم فعلیه الدّرهمان، و لو قال: له هذا الدرهم بل درهم فواحد)

ذکر ذلک الشّیخ و تبعه ابن زهره و الحلیّ، اما المثال الاول فلثبوت الأول بإقراره، و الثانی بالإضراب, و اما الثانی فلاعترافه بالاکثر , واما الثالث فلاعترافه فی الإضراب بدرهم آخر مع عدم سماع العدول, و اما الاخیر فیلزمه درهم فواحد، لعدم تحقق المغایره بین المعین و المطلق لإمکان حمله علیه .

ص:۱۸۱

و لو قال: هذه الدّار لزيد بل لعمرو

(و لو قال: هذه الدّار لزيد بل لعمرو دفعت الى زيد)

عملا بمقتضى إقراره الأول (و غرم لعمرو قيمتها) لأنه قد حال بينه، و بين المقر به بإقراره الأول فيغرم له، للحيلوله الموجبه للغرم (الّا أن يصدقه زيد) فى أنها لعمرو فتدفع إلى عمرو من غير غرم, و بذلك قال الشيخ فى المبسوط و تبعه الحلىّ، و اما قول الإسكافى «إن كان حيّا سئل عن مراده و إن كان ميّتا كان زيد و عمرو بمنزله متداعيين لشى ء هو فى يد غيرهما فمن أقام البيّنه يستحقّه فان لم يكن لهما بيّنه و حلف أحدهما و أبى الآخر كانت للحالف فإن حلفا جميعا جعلت بينهما» فلا شاهد له .

و لو أشهد بالبيع لزيد و قبض الثمن منه ثم ادعى المواطاه سمعت دعواه

(و لو أشهد بالبيع لزيد و قبض الثمن منه، ثم ادعى المواطاه سمعت دعواه و احلف المقر له)

الأصل فيه ما فى الشّرائع: «إذا أشهد بالبيع و قبض الثمن، ثمّ أنكر فى ما بعد و ادّعى أنّه أشهد تبعا للعاده و لم يقبض قيل: لا يقبل لانّه مكذّب لإقراره، و قيل: يقبل لأنّه ادّعى ما هو معتاد فيكون على المشترى اليمين».

قلت: و يضعف الاول بانه غير مكذّب لاقراره حتى لا يصغى اليه بل يدعى انه كان موطأةً, مضافا الى حديث لا ضرر بناءً على دلالته على نفى الحكم الضررى, و عليه فتسمع دعواه و تتوجه اليمين على المنكر .

ص:١٨٢

هذا إذا كله شهدت البينه على إقراره بهما أما لو شهدت بالقبض لم يلتفت إليه لأنه مكذب لها طاعن فيها فلا يتوجه بدعواه يمين .

حصيله البحث:

لو قال: له عليّ عشرةٌ من ثمن مبيعٍ لم أقبضه، ألزم بالعشره. و كذا لو ادعى كونها من ثمن خمرٍ أو خنزيرٍ، و لو قال: له قفيز حنطهٍ بل قفيز شعير لزماه. و لو قال: قفيز حنطه بل قفيزان حنطهً، فعليه قفيزان. و لو قال: له هذا الدّرهم بل هذا الدّرهم، فعليه الدّرهمان. و لو قال: له هـذا الدّرهم بل درهمٌ، فواحدٌ. و لو قال: هذه الدّار لزيدٍ بل لعمرٍو، دفعت إلى زيدٍ و غرّم لعمروٍ قيمتها إلّا أن يصدّقه زيدٌ. و لو أشهد بالبيع و قبض الثّمن ثمّ ادّعى المواطأه سمعت دعواه و أحلف المقرّ له.

من احكام الاقرار

١- لا- يلزم الشخص باقراره الّا اذا كان اخباره بثبوت الحق عليه او انتفائه عنه بنحو الجزم دون الاحتمال او الظن, و ذلک لقصور السيره عن الشمول الّا لمثل ذلک. و لا أقلّ من الشک فی الشمول، و هو کاف فی اثبات المطلوب.

٢- لا- يكون الاقرار حجه الّا بلحاظ الآثار التی هی فی ضرر المقر دون الآثار التی هی فی صالحه او التی هی مرتبطه بالغير و هو أجنبی عنها, و ذلک باعتبار ان الاقرار على النفس لا يصدق الّا بلحاظ ذلک.

ص:١٨٣

و منه يتضح لزوم التفكيك فى كل اقرار بلحاظ آثاره فيلزم المقر بالآثار التى هى فى ضرره دون غيرها، فلو أقر بابوه شخص له ألزم بالانفاق عليه دون العكس.

٣- و لا- تختص حجيه الاقرار بما اذا كان بلفظ معين بل يكفى كل ما يدل عليه و لو بالاشاره او الدلاله الالتزاميه, و ذلک لإطلاق السيره العقلائيه من هذه الناحيه.

۴- و لو قال لفلان علىّ مال ألزم بتوضيحه و ذلک باعتبار ان ذمه المقر لما ثبت اشتغالها بالمال بمقتضى الاقرار فمن اللازم تفريغها- على تقدير المطالبه- و هو لا يتحقق الّا بذلک.

۵- و من ادعى زوجيه امرأه و صدّقته قبل ذلک منه. و لو انکرت ذلک و لم تکن له بينه ألزم بترتيب ما عليه من الآثار, و ذلک لقاعده «من ملک شيئا ملک الاقرار به» الثابته بالسيره العقلائيه.

و اما ان المرأه لو أنکرت ألزم بترتيب الآثار التى هى عليه- کحرمه التزويج بأمّها أو أختها- فباعتبار حجيه الاقرار على النفس.

و اما بقيه الآثار- کجواز النظر و نحوه- فحيث انها لا تدخل تحت القاعده المذکوره فتعود بلا مثبت.

نعم بالنسبه الى الانفاق بالخصوص يمکن ان يقال بعدم وجوبه لأنه مقابل التمکين- اذ مع عدمه تکون ناشزا، و هى لا نفقه لها- المفروض عدمه.

ص:۱۸۴

حصیله البحث:

لا- یلزم الشخص باقراره الّا اذا کان اخباره بثبوت الحق علیه او انتفائه عنه بنحو الجزم دون الاحتمال او الظن, و لا یکون الاقرار حجه الّا بلحاظ الآثار التی هی فی ضرر المقر دون الآثار التی هی فی صالحه او التی هی مرتبطه بالغیر و هو أجنبی عنها, و لا تختص حجیه الاقرار بما اذا کان بلفظ معین بل یکفی کل ما یدل علیه و لو بالاشاره او الدلاله الالتزامیه, و لو قال لفلان علیّ مال ألزم بتوضیحه, و من ادعی زوجیه امرأه و صدّقته قبل ذلک منه. و لو انکرت ذلک و لم تکن له بینه ألزم بترتیب ما علیه من الآثار.

(الفصل الثالث فی الإقرار بالنسب)

شرائط المقرّ

(و یشترط فیه أهلیه المقر) للإقرار ببلوغه و عقله کما تقدم .

(و إمکان إلحاق المقر به) بالمقر شرعا (فلو أقر ببنوه المعروف نسبه) أو إخوته أو غیرهما مما یغایر ذلک النسب الشرعی، (أو) أقر (ببنوه من هو أعلی سنا) من المقر، (أو مساو) له، (أو أنقص) منه (بما لم تجر العاده بتولده منه بطل) الإقرار لأنّه لیس بإقرار، بل ادّعاء یکذّبه العیان، و کذا المنفی عنه شرعا کولد الزنا و إن کان علی فراشه، و ولد اللعان و إن کان الابن یرثه کما تقدم .

ص:۱۸۵

(و يشترط التصـديق فيما عـدا الولد الصـغير و المجنون و الميّت و عدم المنازع له) أى تصديق المقر به للمقر فى دعواه النسب و ذلـك لان اقراره انما ينفـذ على نفسه لا على الغير, و أما الثلاثه فلا يعتبر تصـديقهم عنـد المصـنف بل يثبت نسـبهم بالنسبه إلى المقر بمجرد إقراره، لأن التصديق إنما يعتبر مع إمكانه و هو ممتنع منهم, و لاطلاق معتبر السّكونىّ عن جعفرٍ عن أبيه عن علىٍّ ع قال: إذا أقرّ الرّجل بالولد ساعهً لم ينتف منه أبداً»(١) فى خصوص الصبى .

و فيه: ان عـدم اشـتراط تصـديق المقرّ به للمقرّ فى الولـد الصـغير و المجنون و الميّت مع عـدم المنـازع إنّمـا يقبـل من طرفه دون الصغير و المجنون و الميّت لأنّ الإقرار إنّما هو بالنسبه إلى شخصه فلا يرث الصغير و المجنون لو كان لهما مال و لا يرث الميّت، و الأصـل فى ذكر مـا قـال المبسوط، مع أنّه قال فى الأخ الصـغير مثل الولـد الصـغير، و التّحقيق: أنّ مثله ادّعاء لا إقرار، و بـذلك يظهر ضـعف ما عن النهايه «إذا أقرّ بولد فى صحّه أو مرض الحق به صدّقه الولد أو كذّبه», و اما معتبر السكونى فلا اطلاق له من جهه الصبى .

و يشترط فى نفوذ الإقرار مطلقا عدم المنازع

(و) يشترط أيضا فى نفوذ الإقرار مطلقا (عـدم المنازع له) فى نسب المقر به (فلو تنازعا فيه اعتبرت البينه) و حكم لمن شـهدت له فإن فقدت فالقرعه،

ص:١٨۶

١- التهذيب الجزء ٨ ص ١٨٣ باب لحوق الأولاد بالآباء الحديث ۶٣.

لأنها لكل أمر مجهول، هذا إذا اشتركا فی الفراش بأن كانت زوجه كل منهما كلا فی وقت و احتمل ولاده الولد زمن هذا أو ذاك, أو انتفى عنهما كواطئ خاليه عن فراش لشبهه، فلو كانت فراشا لأحدهما، حكم له به خاصه، دون الآخر و إن صادقه الزوجان بأن ادعى الأجنبی كون الولد منه. فنازعه الزوج ابتداء ثم صدقه. و كذا الزوجه صدقته. فإن الولد للفراش بحكم الشرع. و لا أثر لإقرار الزوجين كون الولد لغير الفراش، لأنه بمعنی نفی الولد، و لا ينتفى الولد عن صاحبه إلّا بالملاعنه. و لو كانا زانيين انتفى عنهما، أو أحدهما فعنه.

و لو تصادق اثنان فصاعدا على نسب غير التولّد صحّ

(و لو تصادق اثنان فصاعدا على نسب غير التولّد صحّ) توارثهما لأنّ كلا منهما أقرّ على نفسه (و توارثا و لم يتعدّهما) عند المصنف بدليل انّه لم يكن إقرار منهم .

و فيه: ان لازم مقتضى التخصيص بغير التولّد هو التعدّی فی الولد الصغير مطلقا دون الكبير الّا مع التّصادق, مع عدم الفرق بينهما.

و لا عبره بإنكار الصغير بعد بلوغه

(و لا عبره بإنكار الصغير بعد بلوغه) بنسب المعترف به صغيراً عند المصنف تبعا للمبسوط، بدليل ثبوت النسب قبله فلا يزول بالإنكار اللاحق، و ليس له إحلاف المقر أيضا، لأن غايه القبول هو إجبار المقر على الرجوع عن

إقراره السابق، أو نكوله عن اليمين الموجهه إليه. و كلا الأمرين لا يؤثر بعد نفوذ إقراره الأول. حيث ان الرجوع بعد الإقرار لا أثر له شرعا، كما لا يسمع لو نفى النسب حينئذ صريحا .

وفيه: ما تقدم من أنّ الإقرار إنّما يصدق فى حقّه بوجوب نفقته و ميراثه منه أى من المقرّ، دون العكس، فالصغير إذا بلغ على أصاله العدم .

و اما ثبوت النسب قبله و انه لا يزول بالإنكار اللاحق. ففيه: انه صحيح من جهه المقر لا من جهه الصبى .

حصيله البحث:

يشترط فى الاقرار أهليّه المقرّ ببلوغه و عقله كما تقدم و إمكان إلحاق المقرّ به بالمقر شرعا فلو أقرّ ببنوّه المعروف بنسبه أو إخوته أو غيرهما مما يغاير ذلک النسب الشرعى أو ببنوّه من هو أعلى سنًّا أو مساوياً أو أنقص بما لم تجر العاده بتولّده منه بطل, و كذا المنفى عنه شرعا كولد الزنا و إن كان على فراشه، و ولد اللعان و إن كان الابن يرثه كما تقدم, و يشترط التّصديق فيما عدا الولد الصّغير و المجنون و الميّت و عدم المنازع بلا خلاف, و اما الولد الصّغير و المجنون و الميّت فالاقوى انه يقبل اقراره من طرفه دون الصغير و المجنون و الميّت لأنّ الإقرار إنّما هو بالنسبه إلى شخصه فلا يرث الصغير و المجنون لو كان لهما مال و لا يرث الميّت. و اما لو تنازعا اعتبرت البيّنه و حكم لمن شهدت له فإن فقدت فالقرعه، هذا إذا اشتركا فى الفراش بأن كانت زوجه كل منهما كلا فى وقت و احتمل ولاده الولد زمن

هـذا أو ذاك, أو انتفى عنهمـا كواطئ خـاليه عن فراش لشبهه، فلو كـانت فراشـا لأحـدهما، حكم له به خاصه، دون الآخر و إن صادقه الزوجان بأن ادعى الأجنبى كون الولـد منه, فنازعه الزوج ابتداء ثم صدقه, و كذا الزوجه صدقته, فإن الولد للفراش بحكم الشرع. و لا أثر لإقرار الزوجين كون الولـد لغير الفراش، و لا ينتفى الولـد عن صاحبه إلّا بالملاعنه. و لو كانا زانيين انتفى عنهما، أو أحـدهما فعنه، و لو تصادق اثنان على نسب صـحّ و توارثا و تعدّاهما التّوارث , قيل: و لا عبره بإنكار الصـغير بعد بلوغه و كذا المجنون بعد كماله, و الاقوى قبول انكارهما .

و لو أقرّ العمّ بأخ للميّت دفع اليه المال

(و لو أقر العم) المحكوم بكونه وارثا ظاهرا (بأخ للميت وارث دفع إليه المال) لاعترافه بكونه أولى منه بالإرث .

(فلو أقر العم بعد ذلك بولد للميت وارث و صدقه الأخ دفع إليه) اى إلى الولد (المال) لاعترافهما بكونه أولى منهما.

(و إن أكـذبه) أى أكـذب الأخ العم فى كون المقر به ثانيا ولـدا للميت (لم يـدفع إليه) أى إلى الولـد لاسـتحقاق الأخ المـذكور باعتراف ذى اليـد له و هو العم لأنه كان ذا اليـد قبل اعترافه بالأخ المـذكور. فإقراره حينـذاك فى حق الأخ كان نافذا، لأنه إقرار على نفسه و لم تعلم أولويه الولـد الـذى أقر به العم، لأن العم حينئـذ خارج حيث زالت يـده بعـد إقراره بالأخ المذكور فلا يقبل إقراره فى حق الأخ (و غرم العم له) أى لمن اعترف بكونه ولدا (ما

دفع إلى الأخ) من المال، لإتلافه له بإقراره الأول مع مباشرته لدفع المال, و نبه المصنف بقوله: غرم ما دفع، على أنه لو لم يدفع إليه لم يغرم بمجرد إقراره بكونه أخا لأن ذلك لا يستلزم كونه وارثا، بل هو أعم و إنما يضمن لو دفع إليه المال لمباشرته إتلافه حينئذ. كل بمقتضى القواعد .

لو أقرت الزوجه بولد فصدقها الإخوه أخذ الولد المال

(و لو أقرت الزوجه بولد) للزوج المتوفّى، و وارثه ظاهرا إخوته (فصدقها الإخوه) على الولد (أخذ الولد المال) الذى بيد الإخوه أجمع، و نصف ما فى يدها لأنها كانت قد أخذت ربع التركه, ثم بعد اعترافها بالولد للميت استحقت ثمن التركه فيجب عليها رد نصف ما فى يدها إلى الولد، لاعترافهم باستحقاقه ذلك.

(و ان أكذبوها دفعت اليه) ما بيدها زائدا عن نصيبها على تقدير الولد (و هو الثمن) لأن بيدها ربعا نصيبها على تقدير عدم الولد، فتدفع إلى الولد نصفه هذا ما اختاره المصنف، و الاقوى أن تدفع إليه سبعه أثمان ما فى يدها، تنزيلا للإقرار على الإشاعه لان ما فى يدها مال مشترك لكل الورّاث و لم يفرز و عليه فيستحق فى كل شى ء سبعه أثمانه بمقتضى إقرارها, و بذلك صرح الشيخ فى الخلاف و نسبه الى اصحابنا فقال: «إذا مات رجل و له ابنان فأقرّ أحدهما بأخ ثالث و أنكره الآخر لا خلاف أنّه لا يثبت نسبه، و إنّما الخلاف فى أنّه يشاركه فى المال أم لا؟ فعندنا أنّه يشاركه و يلزمه أن يردّ عليه ثلث ما فى يده، و به قال مالك و ابن أبى ليلى، و قال أبو حنيفه:

يشاركه بالنصف ممّا فى يده لانّه يقرّ أنّه يستحقّ من المال مثل ما يستحقّه فيجب أن يقاسمه المال،- إلخ»(١).

(و لو انعكس الفرض) بأن اعترف الإخوه بالولـد دونها (دفعوا إليه) جميع ما بأيـديهم (ثلاثه الأرباع) و ذلك أنّ الزوجه لا تـدفع شيئا من الرّبع لإنكارها الولد و إنّما يدفع الاخوه ثلاثه الأرباع لإقرارهم به.

و لو أقرّ الولد بآخر دفع اليه النصف

(و لو أقرّ الولـد بآخر دفع اليه النصف) أى بولد مثله ذكوريّه و إناثا لأن ذلك هو لازم إرث الولدين المتساويين ذكوريه و أنوثيه .

(فإن أقرا) معا (بثالث دفعا إليه الثلث) أى دفع كل واحـد منهما ثلث ما بيده لما تقدم, و على هذا لو أقر الثلاثه برابع دفع إليه كل منهم ربع ما بيده.

(و مع عـداله اثنين) من الورثه المقرين (يثبت النسب و الميراث) لأن النسب إنما يثبت بشاهدين عدلين، و الميراث لازم النسب, و افتى فى المبسوطين بثبوت النسب بشهاده رجل و امرأتين, و هو الاقوى كما تقدم فى كتاب الشهادات(٢) .

١- الخلاف مسأله ٢٩ من مسائل إقراره

٢- الدرر الفقهيه فى شرح اللمعه الدمشقيه ج٨ ٣٩٢

(و إلّا) يكن عدلان من الرجال او رجل و امرأتان على المختار (فالميراث حسب) لأنه لا- يتوقف على العداله بل يكفى فيه الاعتراف .

و لو أقرّ بزوج للميّته أعطاه النصف

(و لو أقرّ بزوج للميّته أعطاه النصف) لأن نصيب الزوج مع عدم الولد النصف (ان كان غير ولدها و الّا) يكن كذلك بأن كان المقر ولدها (فالربع) لأنه نصيب الزوج معه .

(و إن أقر) ذلك المقر بالزوج ولدا كان أم غيره (بآخر و أكذب نفسه فى) الزوج (الأول أغرم له) أى للآخر الذى اعترف به ثانيا، لإتلافه نصيبه بإقراره الأول مع مباشره التسليم، (و إلّا) يكذب نفسه (فلا شى ء عليه) عند المصنف لأن الإقرار بزوج ثان إقرار بأمر ممتنع شرعا فلا يترتب عليه أثر.

و فيه: ما قاله الشهيد الثانى من ان الأقوى أنه يغرم للثانى مطلقا مع مباشره تسليم المال للاول لأصاله صحه إقرار العقلاء على أنفسهم مع إمكان كونه هو الزوج، و أنه ظنه الأول فأقر به ثم تبين خلافه، و إلغاء الإقرار فى حق المقر مع إمكان صحته مناف للقواعد الشرعيه(۱).

۱- الروضه البهيه فى شرح اللمعه الدمشقيه (ط- كلانتر)، ج ۶، ص: ۴۳۴

هـذا و قـال الشـهيد الثـانى: «نعم لو أظهر لكلامه تأويلا ممكنـا فى حقه كتزوجه إياها فى عـده الأول فظن أنه يرثها زوجان فقد استقرب المصنف فى الدروس القبول، و هو متجه»(١).

اقول: هـذا الاسـتدراك امـا ان يكون متصـلا بالكلام فكما قال و اما ان يكون منفصـلا عنه فلا يقبل منه لانه من مصاديق الانكار بعد الاقرار و توجيهه مجرد ادعاء لا يقبل الا بدليل .

(و لو أقر بزوجه للميت فالربع) إن كان المقر غير الولد (أو الثمن) إن كان المقر الولد .

(فإن أقر) الوارث (بأخرى و صدقته الاولى اقتسماه) الربع على تقدير عدم الولد، و الثمن على تقدير الولد.

(و ان اكذبتها غرم المقرّ نصيبها) و هو نصف ما غرم للأولى إن كان باشر تسليمها كما تقدم, و إلّا فلا.

حصيله البحث:

لو أقرّ العمّ بأخٍ دفع إليه المال فلو أقرّ العمّ بعد ذلك بولدٍ و صدّقه الأخ دفع إليه المال و إن أكذبه لم يدفع إليه و أغرم العمّ له ما دفع إلى الأخ. و لو أقرّت الزّوجه بولدٍ فصدّقتها الإخوه أخذ المال و إن أكذبوها دفعت إليه

ص:١٩٣

١- الروضه البهيه فى شرح اللمعه الدمشقيه (ط- كلانتر)، ج ۶، ص: ۴۳۴

سبعه أثمـان ما فی یـدها، و لو انعکس الفرض دفعوا إلیه ثلاثه الأرباع، و لو أقرّ الولـد بآخر دفع إلیه النّصف، فإن أقرّا بثالثٍ دفعا إلیه الثّلث و علی هـذا و مع عداله اثنین یثبت النّسب و المیراث, و یثبت ایضا بشـهاده رجل و امرأتین و إلّا فالمیراث حسب, و لو أقرّ بزوجٍ للمیّته أعطاه النّصف إن کان المقرّ غیر ولـدها و إلّا فالرّبع، و إن أقرّ بآخر و أکذب نفسه فی الأوّل أغرم له و إلّا قیل: لا شی ء علیه, و الأقوی أنه یغرم للثانی ایضا مع مباشره تسلیم المال للاول .

(كتاب الغصب)

حقيقه الغصب

(و هو الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير عدوانا)

الغصب: لغةً أخذ الشي ء ظلما، كما في القاموس و غيره قال في الأول: «غصبه يغصبه: أخذه ظلما كاغتصب، و فلانا على الشي ء: قهره» و في الصحاح «الغصب: أخذ الشي ء ظلما، تقول: غصبه منه و غصبه عليه بمعنى، الاغتصاب مثله، و الشي ء غصب و مغصوب» نعم في الإسعاد لبعض الشافعيه زياده «جهارا» لتخرج السرقه و نحوها، و عن ابن الأثير أنه أخذ مال الغير ظلما و عدوانا(۱), و بهذا المعنى يعني أخذ الشي ء قهرا رغم أنف صاحبه ورد شرعا, و إليه يرجع تعريف المصنف و عليه فلا ينحصر الغصب بالاستيلاء على مال الغير عدواناً فقط بل يشمل الاستيلاء على حقّ الغير عدوانا ايضاً .

و عليه: (فلو منعه من سكنى داره أو من إمساك دابته فليس بغاصب)

لأنّه لم يستولِ عليه, نعم لا يلزم من عدم الغصب عدم الضّمان لو حصل سببه .

ص:۱۹۶

۱- جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج ۳۷، ص: ۷

(و لو سكن معه قهرا فهو غاصب للنّصف) لاستقلال الغاصب بالنصف, هذا إذا شاركه فی سكنی البيت علی الإشاعه من غير اختصاص بموضع معين، أما لو اختص بمعين اختص بضمانه .

(و لو انعكس بأن ضعف الساكن) الداخل علی المالك عن مقاومته و لكن لم يمنعه المالك مع قدرته (ضمن) الساكن (أجره ما سكن) لاستيفائه منفعته بغير إذن مالكه.

(قيل) و القائل المحقق و العلامه و جماعه(۱) (و لا يضمن الساكن العين) لعدم صدق الغصب لعدم تحقق الاستقلال باليد علی العين الذی لا يتحقق الغصب بدونه.

و فيه: أنّه بعد سكوت المالك و عدم دفعه يصدق أنّه مستقلّ بإثبات اليد علی النّصف و هل إقدار اللّه علی منع النّاس عن عصيانه و تركه لهم يخرجهم من كونهم عاصين؟ و عليه فهو ضامن للعين.

حصيله البحث:

الغصب: هو الاستقلال بإثبات اليد علی مال الغير عدواناً او بالاستيلاء علی حقّ الغير عدوانا. فلو منعه من سكنی داره أو إمساك دابّته المرسله فليس بغاصب نعم قد يكون ضامنا اذا حصلت اسباب الضمان، و لو سكن معه

۱- الروضه البهيه فی شرح اللمعه الدمشقيه (ط - كلانتر)، ج ۷، ص: ۲۲

قهراً فهو غـاصبٌ للنّصف إذا شـاركه فی سـكنی البيت علی الإشاعه من غير اختصاص بموضع معين، أما لو اختص بمعين اختص بضمانه، و لو ضعف السّاكن ضمن أجره ما سكن قيل: و لا يضمن العين, و الاقوی ضمانها.

و سحب مقود الدّابّه غصب للدّابّه

(و مـدّ مقود) أی سـحب حبـل (الـدّابّه غصب للـدّابّه للاستيلاـء عليها عـدوانا (إلّا أن يكون صاحبها راكبا) عليها (قويا) علی دفع القائـد (مستيقظـا) حـاله القود غير نـائم فلاـ يتحقق الغصب حينئـذ لعـدم الاستيلاء, ذكر ذلك المبسوط لكنّه أطلق كون صاحبها عليها، و الظّاهر كون التقييد مراده .

و غصب الحامل غصب للحمل

(و غصب الحامل غصب للحمل)

لأنه مغصوب كالحامل، و الاستقلال باليد عليه حاصل بالتبعيه لأمه .

(و لو تبعها) ای تبع الدابه (الولد ففی ضمان الولد قولان)

مأخذهما عدم إثبات اليد عليه؛ و أنه سبب قوی و لو لم يكن غصبه بالقصد و عليه فلا وجه للقول بالعدم, و الأقوی الضمان و هو الذی قرّبه المصنف فی الدروس.

ص:۱۹۸

حکم الأیادی المتعاقبه علی المغصوب

(و الأیـدی المتعـاقبه علی المغصوب أیـدی ضـمان فیتخیّر المالـک فی تضـمین من شاء منهم أو تضـمین الجمیع) سواء علموا أم جهلوا علی المشهور لتحقق التصرف فی مال الغیر بغیر إذنه لعموم ادله الضمان، و یشهد له صحیح الحسین بن ابی العلاء عن أبی عمار السرّاج عن الصادق (علیه السلام) «فی الرجل یوجد عنده السّرقه، فقال: هو غارم، إذا لم یأت علی بائعها شهودا»(۱), نعم لا إثم علی الجاهل بـالغصب (و یرجع الجاهـل منهم بـالغصب علی من غرّه) کمـا افتی بـذلک ابن إدریس فقـال: «هو ضامن علی شرائها ببینه أو لا بلا خلاف» و هو المشهور بین المتأخرین لقاعده الغرور المتقدمه الّا ان الاقوی هو رجوع المالک الی السارق لا المشتری الجاهـل بالغصب و ذلک لقاعـده نفی الوزر المتقـدمه فی کتاب البیع و بـذلک افتی الشـیخ فی النهایه فقال: «من وجد عنده سـرقه کان ضامنا لها، إلّا أن یأتی علی شـرائها ببینه» و هو المفهوم من الکافی حیث اعتمد الصـحیح المتقدم(۲) الدالّ علی عدم الغرم اذا اتی بالبینه علی شراءها و السراج و ان کان مهملا الّا ان الخبر موافق للقران قال تعالی {ولا تزر وازره وزر اخری} .

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان) ج ۷ ص ۲۳۷ باب ۲۱ ح ۵۸ ؛ ورواه ایضا فی ۴۵ من باب الغرر و المجازفه و شراء السّرقه عن أبی عمرو السرّاج، و رواه الکافی عن أبی عمر السّراج, و لا اثر لهذا الاختلاف فالکل مهملون .

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۲۲۹ح۷

حصیله البحث:

و مدّ مقود الدّابّه غصبٌ إلّا أن یکون صاحبها راکباً قویّاً مستیقظاً فلا یتحقق الغصب حینئذ لعدم الاستیلاء، و غصب الحامل غصبٌ للحمل, و لو تبعها ففی الضّمان قولان و الأقوی الضمان, و الأیدی المتعاقبه علی المغصوب أیدی ضمانٍ فیتخیّر المالک فی تضمین من شاء أو الجمیع و یرجع الجاهل منهم بالغصب علی من غرّه علی مشهور المتأخرین و الاقوی هو رجوع المالک الی السارق لا المشتری الجاهل بالغصب.

و الحرّ لا یضمن بالغصب

(و الحرّ لا یضمن بالغصب) عینا و منفعه، لأنه لیس مالا فلا یصدق الغصب فیه هذا إذا کان کبیرا عاقلا إجماعا, و أمّا الصغیر ففی غصب «المبسوط» قال بالعدم، و فی جراحه بالضمان و فی «الخلاف» أفتی أوّلا بالعدم ثمّ قوّی الضمان(۱).

اقول: مقتضی القاعده عدم تحقق الغصبیه لعدم کونه مالاً, لکن لا یلزم من عدم الغصب عدم الضّمان لو حصل سببه, و علیه فلو کان استناد تلف الصبی بل غیره ایضا الی المتسلط علیه عرفا کان ضامنا .

(و یضمن الرقیق بالغصب) لأنه مال .

۱- مختلف الشیعه فی أحکام الشریعه؛ ج ۶، ص: ۱۳۵

و لو حبس الحر مده لم يضمن أجرته إذا لم يستعمله

(و لو حبس الحر مده لم يضمن أجرته إذا لم يستعمله) لأن منافع الحر ليست مالا فلا تدخل تحت اليد تبعا له, نعم لو كان قد استأجره مده معينه فمضت زمان اعتقاله و هو باذل نفسه للعمل استقرت الأجره لذلك لا للغصب (بخلاف الرقيق) لأنه مال محض و منافعه كذلك .

و خمر الكافر المستتر محترمه

(و خمر الكافر المستتر بها محترم) لأنها مال بالإضافه إليه , و عليه فهو (يضمن بالغصب مسلما كان) الغاصب (أم كافرا و قد أقر عليه) من قبل السلطان فى شروط الذمه (و لم يجز مزاحمته فيه) و حيث يضمن الخمر يعتبر (بقيمته عند مستحلّيه) و بالقيمه صرّح فى المبسوطين و ذهب القاضى إلى أنّ الخمر عليه مثلها و لكن رجع عنه فى آخر باب غصب كتابه(۱).

اقول: و الاقوى الضمان بالقيمه مطلقا لما تقدم فى كتاب البيع فراجع .

(و كذا الخنزير) إلّا أن ضمان قيمه الخنزير واضح لأنه قيمى حيث يملك.

حصيله البحث:

الحرّ لا يضمن بالغصب, نعم لو كان استناد التلف الى المتسلط عليه عرفا كان ضامنا, و يضمن الرّقيق، و لو حبس الحرّ مدّةً لم يضمن أجرته إذا لم

ص:۲۰۱

۱- مختلف الشيعه فى أحكام الشريعه؛ ج ۶، ص: ۱۳۵- ۱۳۶

يستعمله بخلاف الرّقيق فانه ضامن لمنافعه, نعم لو كان قد استأجر الحر مده معينه فمضت زمان اعتقاله و هو باذل نفسه للعمل استقرت الأجره لذلك، و خمر الكافر المستتر محترمه تضمن بالغصب بقيمتها عند مستحلّيها و كذا الخنزير.

و لو اجتمع المباشر و السّبب ضمن المباشر

(و لو اجتمع المباشر و السّبب ضمن المباشر)

لأنه أقوى كمن حفر بئرا فى ملك غيره عدوانا فدفع غيره فيها إنسانا فالضمان على الدّافع.

(الّا مع الإكراه أو الغرور) للمباشر (فيستقرّ الضمان) فى الغرور (على الغار و) فى الإكراه (على المكره) لضعف المباشر بهما فكان السبب أقوى كمن قدم طعاما إلى المغرور فأكله فقرار الضمان على الغار فيرجع المغرور عليه لو ضمّن على ما هو المشهور بين المتأخرين, و قد تقدم ان الاقوى عدم الضمان على المغرور و المكره لقاعده نفى الوزر, هذا و لم يقيد المصنّف الإكراه بالمال كالشّرائع، لأنّ الكلام فى الغصب و هو لا يكون إلّا فى المال فيكون الإكراه على القتل و الجراح خارجا من كلامه.

حكم ما لو أرسل ماء فى ملكه أو أججّ نارا فسرى الى الغير

(و لو أرسل ماء فى ملكه أو أججّ نارا فسرى الى الغير فأفسد فلا ضمان إذا لم يزد عن قدر الحاجه و لم تكن الريح عاصفه و الّا ضمن)

ص:٢٠٢

ظاهر عباره المصنف: أن الزائد عن قدر الحاجه يضمن به و إن لم يقترن بظن التعدى. و كذا مع عصف الريح و إن اقتصر على حاجته لكونه مظنه للتعدى. فعدم الضمان على هذا مشروط بأمرين. عدم الزياده عن الحاجه, و عدم ظهور سبب التعدى كالريح فمتى انتفى أحدهما ضمن.

و جعل الشيخ فى المبسوط الملاك فى الضمان و عدمه علمه بالسرايه و عدمه، فقال: «إذا أرسل فى ملكه ماء نظر، فان كان غير مفرط مثل أن نقب الفار أو غيره نقبه أو كان هناك نقبه لم يعلم بها فلا ضمان عليه، لأنّها سرايه عن مباح فيذهب هدرا، و هكذا النّار إذا أجّجها فى ملكه فحملتها الريح إلى ملك غيره فأتلفته فلا ضمان عليه لأنّها سرايه عن مباح- إلى- فأمّا إن أرسل الماء إلى ملكه بقدر حاجته إليه و هو يعلم أنّ الماء ينزل إلى ملك غيره و أنّ للماء طريقا إليه فعليه الضّمان لأنّه إذا علم أنّه يسرى إلى ملك غيره و أنّه لا حاجز يحجزه عنه فهو المرسل له، و هكذا النّار إذا طرحها فى زرعه و هو يعلم أنّ زرعه متّصل بزرع غيره و أنّ النّار تأتى على ملكه و تتّصل بملك غيره فعليه الضّمان لأنّها سرايه حصلت بفعله»(۱).

اقول: الملاک فی الضمان و عدمه هو كونه سببا فى حصول التلف عرفا فاينما حصل سبب الضمان كان ضامنا و الّا فلا .

ص:۲۰۳

۱- المبسوط فى فقه الإماميه؛ ج ۳، ص: ۱۰۳

و اما مجرد الزياده عن الحاجه فلا دليل على كونها موجبه للضمان, و كذا التفصيل بين علمه وجهله لا وجه له الّا عدم تحقق السببيّه فى بعض موارد الجهل .

هذا و استدل على الضمان بقاعده لا ضرر و لا ضرار, و فيه: انما يصح الاستدلال بها اذا كانت بمعنى تدارك الضرر يعنى لا ضرر و لا ضرار غير متدارك كما هو مبنى الفاضل التونى, و لا نقول به.

حصيله البحث:

و لو اجتمع المباشر و السّبب ضمن المباشر إلّا مع الإكراه أو الغرور فيستقرّ الضّمان على الغارّ و على المكره على مشهور المتأخرين و الاقوى عدم الضمان على المغرور و المكره. و لو أرسل ماءً فى ملكه أو أجّج ناراً فسرى إلى الغير فعليه الضمان ان كان سببا فى حصول التلف عرفا و الّا فلا .

و يجب ردّ المغصوب ما دامت العين باقيه

(و يجب ردّ المغصوب ما دامت العين باقيه) عقلاً لحرمه الغصب شرعا و عقلا (و لو أدّى ردّه الى عسر و ذهاب مال الغاصب) كمن غصب حجرا و جعله فى أساس بيته فيجب عليه هدمه و ردّ الحجر، كما أنّه لو لم يفعل

ص:۲۰۴

فالظاهر من قول تعالى {فَتِلْكَ بُيُوتُهُمْ خَاوِيَةً بِمَا ظَلَمُوا} ان الله تعالى يفعله, و عن أمير المؤمنين (عليه السلام) «الحجر الغصب فى الدار رهن على خرابها»(١)

كيفيه الضمان

(فان تعذّر ضمنه بالمثل ان كان مثليّا و الّا فالقيمه العليا من حين الغصب الى حين التلف، و قيل: الى حين الرّدّ و قيل: بالقيمه يوم التلف)

اقول: وقع الخلاف فى كون الضمان بالمثل او القيمه فذهب ابن الجنيد الى كون الضمان بالمثل ان اختار صاحبها ذلك و الّا دفع قيمه كانت منذ يوم غصبها الى ان هلكت فقال: «فإن استهلك الغاصب للعين المغصوبه كان ضامنا إمّا دفع قيمه كانت لها منذ يوم غصبها إلى أن هلكت، أو المثل لها إن اختار صاحبها ذلك»(٢), و هذه العباره تعطى انه قائل باعلى القيم لكن لا مطلقاً و عن المرتضى تخيير المالك بين المثل و القيمه و ذكر انه روى انه يلزمه اعلى القيم مده ايام الغصب فقال فى ناصريّاته بعد قول جدّه: «الذى نذهب إليه أنّ المغصوب إذا كان تلف فى يد الغاصب و كان له أمثال موجوده و رضى المغصوب منه أن يأخذ المثل كان على الغاصب أن يعطيه ذلك و إلّا فالقيمه، و قد روى أنّه يلزمه أكثر قيمه مدّه أيّام الغصب، و إنّما قيل ذلك احتياطا و استظهارا لأنّه إذا اختلف قيمته فى أيّام الغصب فالأولى

١- نهج البلاغه (لصبحى الصالح) ص٥١٠ ؛ و فى نسخه الغصيب بدل الغصب كما و ان الرضى (رحمه الله) قال ان هذا الكلام منسوب للرسول (ص) .

٢- مختلف الشيعه فى أحكام الشريعه؛ ج ۶، ص ١٣١

أن يؤخذ بالأزيد للاحتياط و الاستظهار»(۱), و بالمثل معيناً افتى الشيخ فى المبسوطين(٢) و تبعه ابن البراج و ابن ادريس(٣) و ابن حمزه(۴).

قلت: و لم نقف لهم على دليل بل لعلّ المثل يكون انقص قيمةً يوم الردّ و الغاصب كان سببا له بمعنى أنّه لو كان ماله عنده باعه بأكثر و إنّما المتيقّن قبول ردّ العين و لو كان نقصت قيمته فان كان شىء له أجره يعطى أجرته أيضا و إلّا فلابد من التحلل من صاحب الحق, هذا كله فى المثلى.

نعم قد يستدل بصحيح صفوان الجمّال عن الصّادق (عليه السلام) «من وجد ضالّه فلم يعرّفها، ثمّ وجدت عنده فإنّها لربّها و مثلها من مال الذى كتمها»(۵) على تعين الضمان بالمثل لقوله (عليه السلام) «و مثلها» او «او لمثلها» على اختلاف النسخ.

و فيه: ان مورده الضاله و هى اعم من القيمى و المثلى, و موردها الغصب او ما بحكمه من التعدى مضافا الى انها لا دلاله فيها على تعيّن الضمان بالمثل

ص:۲۰۶

۱- الناصريات؛ ص۳۸۸
۲- الخلاف؛ ج ۳، ص: ۴۱۵ ؛ المبسوط فى فقه الإماميه؛ ج ۳، ص: ۱۰۳
۳- السرائر ج/۲ ص۴۸۱ ؛ و المهذب (لابن البراج)؛ ج ۱، ص: ۴۴۷ .
۴- الوسيله ص۲۷۶؛ الّا انه لم يفصل بين المثلى و القيمى و ان فصل فى النماء بين المثلى و القيمى .
۵- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۵ ص ۱۴۱؛ و الفقيه، ج ۳، ص: ۲۹۴، والتهذيب ج ۶ ص ۳۹۳ ح ۲۰ ؛ و فيه: «أو مثلها» بدل «و مثلها» .

و علیه فالجمع بینها و بین صحیح ابی ولاد هو تخیر المالک بمطالبه المثل او القیمه .

و بما تقدم یظهر عدم صحه ما ادعی من الاجماع بضمان المثلی بالمثل و القیمی بالقیمه بل المالک المطالبه بالمثل فی باب الغصب او ما بحکمه من التعدی لا مطلقا.

و اما القیمی فذهب المبسوطان الی اعلی القیم الی یوم التلف(۱) و کذلک ابن حمزه و ابن ادریس(۲).

اقول: و الذی تدل علیه صحیحه ابی ولاد هو الضمان بالقیمه یوم المخالفه و المفهوم منها هو عدم الفرق بین المثلی و القیمی و ان وردت بالبغل و هذا هو الذی دل علیه العرف فالعرف یری القیمه میزاناً للاشیاء المتلفه و لا یری المثل فی المثلی و القیمه فی القیمی و هذا دلیل آخر علی اطلاق الضمان و یمکن الاستدلال بصحیحه ابی ولاد بعد اعتبار البغل المضمون بالقیمه مثلیاً فهو و ان قیل انه قیمی الّا ان الصحیح ان العرف لا یراه قیمیاً بل مثلیاً لتوفر

۱- المختلف ج/۶ ص۸۱ و المبسوط ج/۳ ص۷۵ و الخلاف ج/۳ ص۴۱۵

۲- السرائر ج/۲ ص۴۸۲ و الوسیله ص۲۷۶

مثله بالصفات و الماليه و اذا ثبت ذلک فثبوت القیمه فی القیمی بطریق اولی.

هل یلزم الغاصب باعلی القیم ام لا؟

قد تقدم ان المرتضی قال بالقیمه مطلقاً و نسب اعلی القیم الی الروایه و قد عرفت افتاء ابن الجنید بذلک حتی فی المثلی لکن لا مطلقا, و المبسوطین به ایضاً فی القیمی و کذلک ابنا حمزه و ادریس, ثم ان عمل هؤلاء ان کان من اجل هذه الروایه المرسله التی رواها السید المرتضی کان عملهم جابرا لها لکن الظاهر ان فتواهم انما هو لاقتضاء القاعده ذلک حیث ان الغاصب مفوت لاعلی القیم علی المالک و علیه فالاقوی انه ضامن لأعلی القیم الی یوم الرد و للمالک ایضا مطالبه الغاصب بالمثل .

(و ان عاب المغصوب ضمن أرشه)

لصحیح أبی ولّاد المتقدم ففیه: «قلت: فإن أصاب البغل کسر أو دبر أو عقر؟ فقال: علیک قیمه ما بین الصّحه و العیب یوم تردّه علیه».

(و یضمن أجرته ان کان له أجره لطول المدّه استعمله أو لا)

ص:۲۰۸

اما ما استعمله، فلصحيح أبى ولّاد المتقدّم ففيه: «و قال: أرى له عليك مثل كراء البغل ذاهبا من الكوفه إلى النيل و مثل كراء البغل راكبا من النّيل إلى بغداد، و مثل كراء البغل من بغداد إلى الكوفه توفيه إيّاه».

و أمّا مع عدم الاستعمال فالضمان لأجل ان منافعه أموال تحت اليد فتضمن بالفوات، و التفويت.

و لا فرق بين بهيمه القاضى و الشوكى فى ضمان الأرش

(و لا فرق بين بهيمه القاضى و الشوكى(1) فى ضمان الأرش)

لعموم الأدله، و ردا على مخالفه بعض العامه فى ذلك فحكم فى الجنايه على بهيمه القاضى بالقيمه و يأخذ الجانى العين نظرا إلى أن المعيب لا يليق بمقام القاضى(2).

حصيله البحث:

يجب ردّ المغصوب ما دامت العين باقيةً، و لو أدّى ردّه إلى عسرٍ و ذهاب مال الغاصب فإن تعذّر ضمنه بالقيمه العليا من حين الغصب إلى حين الرّدّ

ص:۲۰۹

۱- منسوب إلى الشوك بفتح الشين و سكون الواو جمعه أشواك ما يخرج من النبات شبيها بالإبر. و المراد منه هنا من يحتطب الشوك للارتزاق.

۲- النجعه ج۱۰ كتاب الغصب .

سواءً کـان مثليـا ام قيميـا و للمالـک ايضا مطالبه الغاصب بالمثل, و إن عاب ضـمن أرشه و يضـمن أجرته إن كان له أجرةٌ لطول المدّه استعمله أو لا، و لا فرق بين بهيمه القاضی و الشّوکیّ فی ضمان الأرش.

و لو جنی علی العبد المغصوب فعلی الجانی أرش الجنايه

(و لو جنی علی العبـد المغصوب) جان غير الغاصب (فعلی الجانی أرش الجنايه) المقرر فی باب الـديات (و علی الغاصب ما زاد عن أرشـها من النقص ان اتّفق) حصول الزيـاده فلو کـانت الجنـايه ممـا له مقـدر کقطع يـده الموجب لنصف قيمته شـرعا فنقص بسـبب قطع يـده ثلثـا قيمته فعلی الجـانی النصف و علی الغـاصب السـدس الزائـد من النقص، و لو لم تحصل زياده نقص توجب الضمان علی الغاصب فلا شی ء علی الغاصب بل يستقر الضمان علی الجانی. و الفرق أن ضمان الغاصب من جهه الماليه فيضمن ما فات منها سواء کان تفويت ماليه العين من قبل الغاصب أم من قبل غيره، و ضمان الجانی منصوص .

(و لو مثّل(١) به انعتق و غرم قيمته للمالک)

عنـد المصـنف و به قـال فی المبسـوطين، و تبعه القاضـی و هـو المفهـوم من الکلينی حيث اعتمـد مرسـل جعفر بن محبـوب عن الصّادق (عليه السلام) «کلّ عبد

١- قـال الجزریّ: مثلث بالحيوان أمثل به مثلا. إذا قطعت اطرافه و شوهت به و مثلث بالقتيل اذا جـذعت أنفه و اذنه و مـذاکيره و شيئا من اطرافه و الاسم المثله .

مثّل به فهو حرّ»(۱) الـدال بعمومه علی حصول الانعتاق و لو لم یکن التمثیل من المولی لکنه ضـعیف سـندا لارساله و بجعفر بن محبوب فانه لم یوثق, فان حصل الوثوق به فهو و الّا فلا .

و اما الاسـتدلال له بصـحیح أبی بصـیر «عن الباقر (علیه السـلام) قضـی أمیر المؤمنین (علیه السلام) فی من نکل(۲) بمملوک أنّه حرّ» ففیه: ان الانعتاق بالتمثیل مورده تمثیل المولی و لا عموم فیه.

حکم ما لو غصب مثل الخفّین

(و لو غصب مثل الخفّین أو المصراعین أو الکتاب سفرین فتلف أحدهما ضمن قیمته مجتمعا)

لأن النقصان الحاصل فی یده مستند إلی تلف عین مضمونه علیه بما لها من الصفات, فکان علیه ضمان التّفرقه و ضمان العین .

حکم ما لو زادت قیمه المغصوب بفعل الغاصب

(و لو زادت قیمه المغصوب بفعـل الغاصب فلا شـی ء علیه و لا له الّا أن تکون عینا کالصـبغ فله قلعه إن قبل الفصل) و لو بنقص قیمه الثوب جمعا بین الحقین (و) نقص الثوب ینجبر بأن الغاصب (یضمن أرش الثوب) .

۱- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۶ ص ۱۸۹ح۱
۲- فی النهایه: نکّل تنکیلا إذا جعله عبره لغیره و صنع به صنعا یحذر غیره.

و ذهب الإسکافیّ علی أنّه لیس له قلع صبغه و لو أعطاه المالک القیمه وجب علیه القبول لاستهلاک عین الغصب و عدم انتفاعه بصبغه، و استلزام قلع صبغه التصرف فی مال الغیر بغیر اذنه(1).

و فیه: ان مفروض المسأله هو کون الصبغ قابلا للانفصال و علیه فوقوعه عدوانا لا یقتضی إسقاط مالیته، لإن ذلک عدوان آخر.

(و لو بیع مصبوغا بقیمته مغصوبا فلا شی ء للغاصب) من قیمه البیع لعدم الزیاده بسبب ماله.

و للشیخ تفصیل حول المساله فقال فی المبسوط: «اذا غصب ثوبا فصبغه لم یخل الصبغ من ثلاثه أحوال إما أن یکون للغاصب أو لرب الثوب أو لغیرهما فان کان للغاصب لم یخل من ثلاثه أحوال إما أن لا یزید و لا ینقص بالصبغ أو یزید، أو ینقص.

فان لم یزد و لم ینقص مثل أن کانت قیمه الثوب عشره و قیمه الصبغ عشره، و هو بعد الصبغ یساوی عشرین، فهما فیه شریکان، لأن لکل واحد منهما عینا قائمه فیه، فهو کما لو غصب طعاما فخلطه بطعام من عنده، فهما فیه شریکان. و لو غصب غزلا فنسجه، أو ترابا فضربه لبنا، أو نقره فضربها دراهم، أو ثوبا فقصره فزادت القیمه، کان ذلک کله لصاحب العین، و الفرق بینهما أن هذه آثار أفعال، و تلک أعیان أموال.

1- مختلف الشیعه فی أحکام الشریعه؛ ج 6، ص: 118

فإذا ثبت أنهما شريكان، ففيه ست مسائل:

إن اتفقا على أن يكون على ما هما عليه من الشركه فعلا.

و أن اتفقا على بيعه و قسمه ثمنه فعلا.

الثالثه: إذا اختار الغاصب قلع صبغه عن الثوب كان له، على أن عليه ما نقص بالقلع، فيقال له: إن شئت فاستخرج الصبغ على أن عليك ما نقص بالقلع، لأنه عين ماله، فكان له إزالتها عن ملك رب الثوب.

الرابعه: إذا امتنع صاحب الصبغ عن إزاله الصبغ عن الثوب، فهل لرب الثوب إجباره على ذلك أم لا؟ قيل فيه وجهان أحدهما له إجباره كما لو غصب دارا فزوقها أو أرضا فغرسها، كان للمالك مطالبته بالقلع، و الثانى ليس له إجباره على قلعه بل يكونان شريكين و الأول أقوى.

الخامسه: اختار رب الثوب أن يعطى الغاصب قيمه الصبغ، ليكون الثوب بصبغه له أو يأخذ الثوب مصبوغا و لا يعطى الغاصب ما زاد بالصبغ فهل له ذلك أم لا؟ قيل فيه قولان أحدهما له أخذ الثوب مصبوغا، و يكون له الصبغ بغير قيمه، لأنها زياده متصله بالثوب كما إذا قصره و هذا ليس بصحيح، و الثانى ليس له ذلك، بل له أن يعطيه قيمه الصبغ، ليكون الثوب و صبغه له فالصحيح أنه ليس له مطالبته بأخذ القيمه، بل يكونان فيه شريكان، لأنها عين ماله قائمه بحالها غير تابعه لغيرها فلا يجبر على أخذ قيمتها كما لو خلط طعامه بطعامه.

ص:٢١٣

السادسه: وهب الغاصب الصبغ من رب الثوب فهل يلزم رب الثوب قبوله منه أم لا؟

قيل فيه وجهان أحدهما يلزمه كالسمن و تعليم القرآن و القصاره، و الثانی لا يجبر لأنها غير ماله، فلم يجبر على قبولها كالعين المنفرده عن المال، و هذا هو الصحيح، لأن الأصل براءه الذمه من لزوم ذلك.

و جملته أن كل من وهب لغيره هبه هل يلزمه القبول أم لا؟ فيها ثلاث مسائل أحدها لا يلزمه القبول، و هو العين المنفرده بنفسها، الثانيه عين قائمه متصله لا يمكن إفرادها فيلزمه قبولها وجها واحدا مثل السمن، الثالثه زياده متصله لا يمكن إفرادها مثل مسئلتنا و كالتزويق فی الدار و هو على وجهين، و الأقوى أنه لا يجبر.

هذا إذا لم يزد و لم ينقص و أما إن زاد مثل أن كانت قيمه الثوب عشره، و قيمه الصبغ عشره، فلما صبغ ساوى ثلاثين لم يخل من أحد أمرين إما أن تكون الزياده لزياده السوق أو لاجتماع ذلك، فان كان لاجتماع الأمرين، فالثوب بزيادته شركه بينهما، لأن الزياده حصلت باجتماع الثوب و الصبغ، و يكون الحكم فيه كما لو كانت قيمه الثوب خمسه عشر، و قيمه الصبغ خمسه عشر، فصبغه به فلم يزد و لم ينقص و فيه المسائل الست على ما فصلناها فإن اختار الغاصب القلع فعليه ما نقص الثوب عن خمسه عشر.

و إن كانت الزياده لزياده السوق مثل أن غلت الثياب فبلغت قيمه الثوب عشرين و الصبغ بحاله أو غلى الصبغ فبلغ عشرين و قيمه الثوب بحاله كانت الزياده لمن غلت عين ماله وحده لا يشاركه غيره فيها.

و أما إن نقص نظرت فإن صار بعد الصبغ تساوى خمسه عشر، فقد نقص خمسه يكون من صاحب الصبغ وحده، لأنه إن كان النقص عاد إلى الثوب فقد حدث بجنايته عليه، و إن كان النقص عاد إلى الصبغ فهو الذى جنى على صبغ نفسه، فيصيران فيه شريكان: لصاحب الثوب ثلثاه و لصاحب الصبغ ثلثه و فيه المسائل الست.

فأما إذا نقص فصار يساوى عشره فالنقص أيضا على صاحب الصبغ و لا شركه له فيه و لا يجى ء من المسائل الست فيه إلّا واحده، و هو أن له قلع صبغه على أن عليه ما نقص و الباقى لا يجى ء فيها فان نقص عن العشره فعلى الغاصب ما نقص من الثوب بالصبغ، فإن أراد القلع على أن عليه ما نقص أو ما لعله أن يزيد بالقلع، كان له ذلك فقد ثبت أن للغاصب قلع الصبغ.

فأما إذا كان الثوب و الصبغ معا لرب الثوب، فان لم يزد و لم ينقص فلا كلام، و إن زاد فالزياده له، و إن نقص فعلى الغاصب لأنه نقص بجنايته و إن كان الثوب لواحد و الصبغ لواحد، فإن لم يزد و لم ينقص فلا كلام و هما فيه شريكان، و إن زاد فالزياده لهما و إن نقص فان كان النقصان من جانب الصبغ فلصاحب الصبغ مطالبه الغاصب بما نقصه دون صاحب

الثوب، و إن كان النقص من قبل الثوب كان المطالبه لصاحب الثوب دون صاحب الصبغ»(۱).

حکم ما لو غصب شاه فأطعمها المالک جاهلا

(و لو غصب شاه فأطعمها) الغاصب (المالک جاهلا بکونها شاته ضمنها الغاصب له) لقاعده الغرور و ذلک لضعف المباشر بالغرور, و بالضمان صرح الشیخ و قال: انّما بعض العامّه قال بعدم الضمان(۲).

(و لو أطعمها غیر صاحبها جاهلا ضمن المالک من شاء و القرار علی الغاصب) عند المصنف و هو المشهور بین المتأخرین لان ضمان الغاصب بغصبه و ضمان الآکل بمباشرته للاتلاف و یرجع الآکل علی الغاصب لقاعده الغرور, قلت: و قد تقدم ان الاقوی عدم ضمان الآکل مطلقا لقاعده نفی الوزر .

حکم ما لو مزج المغصوب بغیره

(و لو مزج المغصوب بغیره کلّف قسمته بتمییزه إن أمکن) لوجوب رد العین عقلاً حیث یمکن .

(و إن شق و لو لم یمکن ضمن المثل ان مزجه بالأردی) عند المصنف لتعذر رد العین کامله، لأن المزج فی حکم الاستهلاک من حیث اختلاط

۱- المبسوط فی فقه الإمامیه ؛ ج ۳، ص: ۷۷

۲- الخلاف فی ۲۳ من مسائل الغصب .

كـل جزء من مـال المالـك بجزء من مال الغاصب و هو أدون من الحق فلا يجب قبوله، بل ينتقل إلى المثل على ما هو المشـهور بين المتأخرين .

و فيه: نمنع كون المزج فی حكم الاستهلاک عرفا و عليه فالقاعده تقتضی اشتراكهما فيه و يضمن الغاصب ارش النقصان لانه هو السبب فيه, و على فرض الاستهلاک فقد تقدم ان الاقوى هو الضمان بالقيمه مطلقا .

(و الّا) يكن المزج بالاردئ (كان شـريكا) كما هو مقتضى القاعده, و هو الاقوى خلافا لابن ادريس حيث قال فی المزج بالأجود و المثـل بتخيّر الغـاصب بين أن يعطيه منه أو مثله من غيره، و المبسوط قـاله أوّلاـ ثمّ نقـل عن بعضـهم شـركته فيهمـا و اسـتقربه لوجود بعض عين ماله(١) .

(و مؤونه القسمه على الغاصب) لانه هو السبب فی وقوع الشركه تعديا .

حصيله البحث:

و لو جنى على العبد المغصوب فعلى الجانی أرش الجنايه و على الغاصب ما زاد عن أرشـها من النّقص إن اتّفق، و لو مثّل به قيل بانعتـاقه و يغرم قيمته للمالـک، و الاـقوى عـدم الانعتاق و يغرم ما جناه على العبـد للمالك و لو غصب الخفّين أو المصـراعين أو الكتاب سـفرين فتلف أحدهما ضمن قيمته مجتمعاً، و لو زادت قيمه المغصوب بفعل الغاصب فلا شی ء عليه و لا له إلّا أن يكون عيناً كالصّبغ فله قلعه إن قبل الفصل، و يضمن أرش الثّوب و لو

١- النجعه ج١٠ كتاب الغصب .

بیع مصبوغاً بقیمته مغصوباً فلا شی ء للغاصب من قیمه البیع، و لو غصب شاهً فأطعمها المالک جاهلًا ضمنها الغاصب، و لو أطعمها أجنبیّا جاهلًا ضمّن المالک من شاء و القرار علی الغاصب علی مشهور المتأخرین و الاقوی اختصاص الضمان بالغاصب، و لو مزج المغصوب کلّف فصله إن أمکن و إن شقّ، و لو لم یمکن کان شریکاً للمالک و ان مزجه بالاردئ, و مؤونه القسمه علی الغاصب .

حکم ما لو زرع الحب أو أحضن البیض

(و لو زرع الحب أو أحضن البیض فالزرع و الفرخ للمالک)

و به قال الإسکافی و المرتضی فی ناصریّاته و الحلیّ و المبسوط فی عاریته، و الخلاف فی دعاویه و بیّناته، و لکن فی غصبهما قال: إنّهما للغاصب استنادا إلی أنّ عین المغصوب تلفت فینتقل إلی القیمه، و تبعه ابن حمزه(۱), و ردّ بأنّه عین مال المالک و إنما حدث بالتغیر اختلاف الصور بصیروره الحب زرعا، و البیض فرخا، و نماء الملک للمالک و إن کان بفعل الغاصب.

(و لو نقله الی غیر بلد المالک وجب علیه نقله) لانّ الواجب إیصال المال إلی مالکه عقلاً.

۱- النجعه ج ۱۰ کتاب الغصب .

(و لو رضى المالك بذلك المكان لم يجب) بل يحرم لحرمه التصرف بمال الغير .

حكم اختلافهما فى القيمه

(و لو اختلفا فى القيمه حلف الغاصب)

عند المصنف لأصاله البراءه من الزائد و لأنه منكر ما لم يدع ما يعلم كذبه كالدرهم قيمه للعبد و به قال الشيخ فى المبسوطين, و قال النّهايه: يحلف المالك و هو الاقوى و ذلك لصحيح «أبى ولّاد، عن الصّادق (عليه السلام) المتقدم ففيه: «قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر [غمز- الكافى] فقال: عليك قيمه ما بين الصّحه و العيب يوم تردّه عليه، قلت: فمن يعرف ذلك قال: أنت و هو، إمّا أن يحلف هو على القيمه فتلزمك، فان ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمه لزمه ذلك- الخبر».

(و كذا) يحلف الغاصب عند المصنف (لو ادّعى المالك صناعه يزيد بها الثمن) لأصاله عدمها, و الظاهر رجوع هذا إلى الاختلاف فى القيمه و شمول اطلاق صحيحه ابى ولاد المتقدمه له, و عليه فالاقوى ان يحلف المالك .

(و كذا) يحلف الغاصب عند المصنف ايضا (لو ادّعى التلف)

ص:۲۱۹

و استدل له بان حلفه و إن كان خلاف الأصل لانه مدع و الاصل عدم التلف، لكن لإمكان صدقه و استحاله مجيئه بالعين مع صدقه لو لم يقبل قوله لزم تخليده الحبس لو فرض التلف.

و فيه: ان القاعده فيه تقتضى ان يكلف بالبينه فان عجز عنها فان كان المالك عالما بعدم التلف حلف المالك على عدمه كما لو أقام المالك بينه ببقائه مع إمكان كذب البينه، وبثبوت البقاء شرعا يجوز تعزيره إلى أن يعلم خلافه, و ان لم يكن المالك عالما بالتلف رد اليمين عليه و هو الاقوى .

(أو) ادعى الغاصب (تملك ما على العبد من الثياب و نحوها) ففى هذا المورد يحلف الغاصب عند المصنف، و علّل بأنّ العبد بيده فيكون ما معه فى يده فيقدّم قوله فى ملكه.

و فيه: لا اثر لكون العبد بيده لانها ليست بيد شرعيّه حتى يكون ما مع العبد موضوعا فى ملك غيره فعليه فالاقوى هو تقدم قول المالك.

و لو اختلفا فى الرّدّ حلف المالک

(و لو اختلفا فى الرّدّ حلف المالک) لأصاله عدمه .

و لو اتّفقا فى الردّ لكن المالك قال: رددته ميّتا و قال الغاصب: رددته حيّا و أقام كلّ منهما بيّنه ففى المبسوطين تسقط البيّنتان و ردّ إلى الأصل و هو

بقاء العبد عند الغاصب حتّى يعلم ردّه، و زاد «الخلاف» استعمال القرعه و أفتى الحلىّ بتقدّم بيّنه الغاصب المدّعى للحياه(۱).

قلت: الاصل فى الدعاوى هو البينه على المدعى و اليمين على المنكر و هما هنا متفقان على حصول الرد و انما يدعى المالك موته و ينكره الغاصب و الاصل عدم الموت و عليه فلا اثر لبينه الغاصب لانه منكر فيعمل على بينه المالك.

حصيله البحث:

و لو زرع الحبّ أو أحضن البيض فالزّرع و الفرخ للمالک، و لو نقله إلى غير بلد المالک وجب عليه نقله و مؤونه نقله، و لو رضى المالك بذلك المكان لم يجب، و لو اختلفا فى القيمه حلف المالك للنص، و كذا لو ادّعى إثبات صناعهٍ يزيد بها الثّمن، و كذا لو ادّعى التّلف أو ادّعى تملّک ما على العبد من الثّياب، و كذا لو اختلفا فى الرّدّ, و لو اتّفقا فى الردّ لكن المالك قال: رددته ميّتا و قال الغاصب: رددته حيّا و أقام كلّ منهما بيّنه عمل ببينه المالك.

(كتاب اللقطه)

اشاره

اللقطه بضم اللام و فتح القاف و إسكانها: المال المخصوص على ما هو المعروف بين أهل اللغه كالأصمعى و ابن الأعرابى و الفراء و أبى عبيده,

ص:۲۲۱

۱- النجعه ج۱۰ كتاب الغصب .

بـل عن الأـخير أن التحريـک علیه عـامه أهـل العلم. بـل عن الأزهری انه قول جمیع أهل اللغه و حـذاق النحويين. و فی الإیضاح «أجمعت الرواه علی روایه خـبر زیـد الجهنی(۱) بالتحریـک», و لکـن مع ذلـک کله ففی التـذکره «عن الخلیـل بن أحمـد أنها بالسـکون للمال، و بالفتـح للملتقط، کما هو فی کل ما کان علی وزن «فعله» نحو «همزه» «و لمزه» و غیرهما» بل عن الأزهری عن اللیث السـکون، و لم أسـمعه لغیره ... و علی کـل حـال فهی لغه و عرفـا المـال، إلّـا أن الفقهـاء تجوزوا و أطلقوها علی ما یشـمل الآدمی الحر، و منهم من خصها بالأول، و أفرد للقیط کتابا آخر، و أما احتمال أنها حقیقه شرعیه للأعم فهو واضح الضعف(۲).

حقیقه اللقطه: و علی ضوء مـا تقـدم فاللقطه کل مال ضائع اذا اخـذ و کان مالکه مجهولا, و علیه فمن تبـدل حـذاؤه مثلا بحـذاء الغیر من دون معرفه صاحبه فلا یصدق علی ذلک عنوان اللقطه لتقومها بالضیاع و ان صدق عنوان مجهول المالک.

و منه یتضح ان النسبه بین عنوان اللقطه و عنوان مجهول المالک هو العموم و الخصوص المطلق، فکل لقطه هی مجهول المالک من دون عکس.

ص:۲۲۲

۱- سنن البیهقی ج ۶ ص ۱۸۵

۲- جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۳۸، ص: ۱۴۵

كما و انها متقومه بالاخذ و ذلك لانه بمجرد رؤيه الشيء من دون أخذه لا يصدق عنوان اللقطه. و هكذا لو فرض امر شخص غيره بالاخذ فانه لا يصدق العنوان المذكور بالنسبه اليه ما دام لم يتصد بنفسه للأخذ.

(و فيه فصول)

الفصل الأوّل فی اللّقيط)

اشاره

فی الصّحاح: اللقيط المنبوذ يلتقط, وفی النهايه «اللقيط: الطفل الذی يؤخذ مرميا», و فی القاموس «أنه المولود ينبذ» و عن المصباح المنير «أنه غلب على المولود المنبوذ» قلت ويشهد لما فی المصباح إطلاق الالتقاط على يوسف عليه السلام قال تعالى {قَالَ قَائِلٌ مِنْهُمْ لاَ تَقْتُلُوا يُوسُفَ وَأَلْقُوهُ فِی غَيَابَتِ الْجُبّ يَلْتَقِطْهُ بَعْضُ السّيّارَهِ إِن كُنتُمْ فَاعِلِين}(۱) و هو أقوى شاهد على عدم اختصاصه بغير المميز, (و) عليه فهو كما قال المصنف:

(هو إنسان ضائع لا كافل له، و لا يستقلّ بنفسه، فيلتقط الصبی و الصبيه)

للنصوص المستفيضه و لا ريب فی تعلق الحكم بالتقاط الطفل غير المميز لأنه المتيقن من النصوص و كلام أهل اللغه و جرت عليه السيره , بل و الطفل المميز ايضا لصدق كونه لقيطا بعد أن يكون ضائعا و حاجته إلى التربيه و التعهد و إن كان محفوظا فی نفسه، و ذلك لصغره و عجزه عن

۱- يوسف ايه ۱۰

دفع ضرورته و بذلک یظهر ضعف ما عن المبسوط من أنه مستغن عن التعهد و التربیه، فکان کالبالغ فی حفظ نفسه(۱). مضافا إلی عدم منافاه ذلک لصدق اللقیط الذی به ینقطع أصاله عدم جواز لقطته .

(ما لم یبلغا) فیمتنع التقاطهما حینئذ، لاستقلالهما، و انتفاء الولایه عنهما .

قیل: «و المجنون بحکم الطفل»(۲), قلت: لا دلیل علی الحاق المجنون البالغ بالصبی و لا یصدق علیه عنوان اللقیط .

(فاذا علم الأب أو الجدّ) بناءً علی ولایه الجد وقد تقدم فی کتاب البیع الاشکال فیها (أو الوصیّ أو الملتقط السابق) الثابته ولایته بلقطته بمقتضی ادله جواز اخذه, مضافا الی ان الاسبقیه نفسها تمنح صاحبها حقا بالسیره العقلائیه الممضاه من خلال عدم ثبوت الردع عنها.

(لم یصحّ) الالتقاط بمعنی انه تنتفی ولایه الملتقط علی اللقیط المستفاده من ادله جواز اللقطه (و سلّم إلیهم) لانهم اصحاب الولایه علیه

قیل: و یجبر هؤلاء علی أخذه لسبق تعلّق الحقّ بهم(۳).

ص:۲۲۴

۱- جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۳۸، ص: ۱۴۹
۲- الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه (ط - کلانتر)، ج ۷، ص: ۶۸
۳- الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه (ط - کلانتر)، ج ۷، ص: ۶۸

قلت: إنّما يكون الحقّ لهم لا عليهم فلا يجبر الاب و الوصی و الملتقط الأوّل لو امتنعوا, نعم يجبرون إذا لم يرد الملتقط الأخير إبقاءه عنده لانهم اصحاب الولايه عليه، كما أنّهم لو أرادوا أخذه ليس للملتقط الامتناع, و مثل الاب الجد بناء على ثبوت ولايته.

حصيله البحث:

و هو كلّ إنسانٍ ضائعٍ لا كافل له و لا يستقلّ بنفسه, فيلتقط الصّبيّ و الصّبيّه ما لم يبلغا، فإذا علم الأب أو الوصيّ أو الملتقط السّابق لم يصحّ الالتقاط لكن لا يجبر الاب و الوصی و الملتقط الأوّل لو امتنعوا نعم يجبرون إذا لم يرد الملتقط الأخير إبقاءه عنده، كما أنّهم لو أرادوا أخذه ليس للملتقط الامتناع.

حكم اللّقيط المملوك

(و لو كان اللّقيط مملوكا حفظ) وجوبا كفائياً اذا خيف عليه من التلف و استدل لوجوب حفظه بكونه نفسا محترمه فالحفاظ عليه من التلف يكون واجبا بالضروره مضافا الی حكم العقل بذلك, و بدليل فحوی قوله تعالی {وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ...}(١) الدال علی وجوب حفظ دماء المؤمنين بقتال الفئه الباغيه, فان المفهوم منه عرفا هو وجوب حفظ دمائهم اذا لم يستلزم القتال بطريق اولی.

١- الحجرات ایه ٩

(حتی یصل الی المالک و لا یضمن) الملتقط للإذن فی قبضه شرعا فیکون أمانه مضافا لقوله تعالی {ما علی المحسنین من سبیل} .

(الّا بالتفریط) فیکون ضامنا کما هو مقتضی القاعده المتقدمه من کون الامین لا یضمن الّا مع التعدی او التفریط .

(نعم الأقرب المنع من أخذه) ای المملوک عند المصنف (إذا کان بالغا أو مراهقا) أی مقاربا للبلوغ, و ظاهر العباره حرمه اخذه.

و فیه: أنه معاونه علی البر، و دفع لضروره المضطر و احسان, و علیه فلا شک فی جوازه, نعم لا تترتب احکام اللقطه بالنسبه للبالغ.

(بخلاف الصغیر الذی لا قوه معه) علی دفع المهلکات عن نفسه فلا شبهه فی جواز اخذه و ترتب احکام اللقطه علیه .

حصیله البحث:

و لو کان اللّقیط مملوکاً وجب حفظه اذا کان صغیراً وجوبا کفائیا اذا خیف علیه من التلف حتّی یصل إلی المالک , و لا یضمن إلّا بالتّفریط. و الأقرب عدم حرمه أخذه ان کان بالغاً لانه من المعروف لکن لا یترتب علی اخذه احکام اللقطه .

ص:۲۲۶

شرائط الملتقط

(و لا بـدّ من بلوغ الملتقط و عقله و حريّته) لمحجوريه الصبى و المجنون و العبد عن التصـرفات كما تقدم فى كتاب البيع و عليه فلا اثر لتصرفاتهم حتى تترتب عليها احكام اللقطه .

و يدل على عدم الجواز فى خصوص العبد بدون الاذن صحيح أبى خديجه، عن الصّادق (عليه السلام) سأله ذريح المحاربىّ عن المملوك، يأخـذ اللّقطه؟ قـال: و مـا للمملوك و اللّقطه، لاـ يملـك من نفسه شـيئا فلاـ يعرض لها المملوك، فإنّه ينبغى للحر أن يعرفها سـنه فى مجمع فإن جاء طالبها دفعها إليه و إلّا كانت من ماله فإن مات كانت ميراثاً لولـده و لمن ورثه فإن جاء طالبها بعد ذلك دفعوها إليه»(۱) وسندا الكلينى و الصدوق وان كانا ضعيفين الّا ان سند الشيخ صحيح .

و قوله (عليه السـلام) فانه ينبغى... تعليل لقوله (عليه السلام) فلا يعرض لها, نعم فى نسخه الكافى: له بدل «للحر»(۲), الّا ان هذا الاختلاف لا يضر. و ذلك لان ذيل الخبر قرينه على ان المراد من ضمير له هو الحر, و بذلك يظهر لك ضعف

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ۶ ص ۳۹۷ باب اللقطه و الضاله.

۲- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۵ ص ۳۰۹

ما فی قول الخلاف بجوازه استنادا إلی عموم الأخبار(۱) و کذا قال فی المکاتب و من حرّر بعضه، استنادا إلی عموم الاخبار(۲).

(إلّا بإذن السیّد) فتکون لقطته لقطه السید, و کذلک تصرف الصبی یصح اذا کان باذن الولی علی المختار کما تقدم فی کتاب البیع, و انه لو التقط غیر البالغ او غیر العاقل او المملوک بلا اذن من الولی او المالک فان شاء الولی او المالک امضاءه فهو و الّا فلا.

هذا و قال الإسکافی: «المکاتب و الذی یسعی فی فکاک ما بقی منه فی الرّقّ فأری أن یمنعا من کونها فی أیدیهما حتّی تمضی السّنه فإذا مضت و قد عرّفت و لم یجی ء طالب لها لهما أن یفکّا بها رقبتهما و تکون فی ذمّتهما»(۳). قلت: إذا لم یکونا أهلا للأخذ یؤخذ منهما و یعرّفها غیرهما فلا دلیل علی مالکیّته بمجرّد رؤیته و لقطه، و ینبغی أنّ السّید إذا رضی بإبقائه فی یده و تعریفه تکون للسیّد و إن لم یرض تؤخذ منه و لا أثر للقطه.

و الظاهر من عباره المصنف أنه لا یشترط رشده, و هو کذلک فیصح من السفیه، لأن حضانه اللقیط لیست مالا, و إنما یحجر علی السفیه له، و مطلق کونه مولی علیه غیر مانع من لقطته. و استقرب المصنف فی الدروس

ص:۲۲۸

۱- الخلاف، ج ۳، ص: ۵۸۴

۲- الخلاف؛ ج ۳، ص: ۵۸۷

۳- النجعه ج ۱۰ کتاب اللقطه

اشتراط رشده، محتجا بأن الشارع لم يأتمنه على ماله فعلى الطفل و ماله أولى بالمنع، و لأن الالتقاط ائتمان شرعى و الشرع لم يأتمنه. و اجيب: بأن الشارع إنما لم يأتمنه على المال، لا على غيره، بل جوّز تصرفه فى غيره مطلقا، و على تقدير أن يوجد معه مال يمكن الجمع بين القاعدتين الشرعيتين و هما: عدم استئمان المبذر على المال. و تأهيله لغيره من التصرفات التى من جملتها الالتقاط و الحضانه فيؤخذ المال منه خاصه(۱).

لا يقال: إن صحه التقاطه يستلزم وجوب إنفاقه, و هو ممتنع من المبذر، لاستلزامه التصرف المالى و السفيه محجور عليه من هذه الجهه, و جعل التصرف فى المال لآخر يستدعى الضرر على الطفل بتوزيع أموره و هو منفى بقاعده لا ضرر.

فانه يقال: قد يحصل من التقاطه الضرر على الطفل فى بعض الاحيان لا دائما و عليه فكلما حصل الضرر سقطت ولايته عليه بمقتضى بقاعده لا ضرر.

(و إسلامه ان كان اللّقيط محكوما بإسلامه)

و ذلك لآيه نفى السبيل {وَلَن يَجْعَلَ اللّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً}(۲) كما تقدم, نعم لا يشترط الإسلام فى غير اللقيط من اللقطات كما هو منصرف

۱- الروضه البهيه فى شرح اللمعه الدمشقيه (ط - كلانتر)، ج ۷، ص: ۷۰

۲- النساء ايه۱۴۱

كلام الشيخ فى المبسوط(۱) و الخلاف فقال: «الذّمّى إذا وجد لقطه فى دار الإسلام جاز له أخذها، و للشافعىّ فيه قولان، و استدلّ بعموم الاخبار و كذلك قال بجوازه للفاسق، و قال للشافعىّ فيه قولان، و استند إلى عموم الأخبار»(۲).

(قيل: و عدالته)

و يرده انه لا دليل على اشتراط العداله و أصاله عدم الاشتراط تدفعه, و اما قول الإسكافى: «لو وقف و إلى المسلمين على لقطه فى يد غير موضع لها كان له إخراجها من يده إلى ما يثق به عليها»(۳) فأعمّ من الإسلام و العداله، و كلامه صحيح فإنّ الوالى إذا علم أنّ من أخذ اللّقطه لا يراعى وظيفته من التعريف فى السّنه كان له أخذها منه.

(و قيل: حضره فينتزع من البدوى و من مريد السفر)

قلت: لاـ دليل على اشتراط ذلك و أصاله عدم الاشتراط تدفعه, و عليه فإن أدّيا وظيفتهما بنائب فلا وجه لمنعهما و إلّا فلا تبقى فى أيديهما.

حصيله البحث:

ص:۲۳۰

۱- المبسوط فى فقه الإماميه؛ ج ۳، ص: ۳۲۷

۲- الخلاف، ج ۳، ص: ۵۸۸

۳- النجعه ج ۱۰ كتاب اللقطه .

شرائط الملتقط: و لا بدّ من بلوغ الملتقط و عقله و حرّيّته إلّا بإذن السّيّد فتكون لقطته لقطه السيد, و كذلك تصرف الصبى يصح اذا كان باذن الولى, و لو التقط غير البالغ و غير العاقل بلا اذن من الولى فان شاء الولى امضاه فهو و الّا فلا، و يشترط إسلامه ايضاً إن كان اللّقيط محكوماً بإسلامه, و لا يشترط رشده الّا اذا استلزم الضرر على اللقيط, و لا عدالته, و لا حضره.

و الواجب حضانته بالمعروف

(و الواجب حضانته بالمعروف)

لا دليل عليه بالخصوص لكن يمكن استفادته من صحيح أبى العبّاس، عن الصّادق (عليه السلام) فى خبر «أنّ عليّا (عليه السلام) أعتق أبا نيزر و عياضا و رياحا و عليهم عماله - كذا و كذا - سنه، و لهم رزقهم و كسوتهم بالمعروف فى تلك السنين»(۱) فهو و ان كان وارداً فى المملوك الّا انه لا خصوصيه له بالفهم العرفى الّا من جهه انه تحت التكفل فيشمل اللقيط .

(و ينفق عليه من بيت المال) برفع الأمر إلى الإمام لأنه معد للمصالح و هو من جملتها .

(أو الزكاه) لانه من جمله من يستحقها من سهم الفقراء او المساكين، أو سهم سبيل اللّه, و لا يترتب بيت المال او الزكاه على الآخر.

۱- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۱۲۷

(فإن تعذر استعان بالمسلمين) لعدم وجوب نفقته عليه ابتداءً و لذا جاز له الاستعانه بالاخرين .

(فإن تعذر أنفق) الملتقط (و رجع عليه) بعد يساره (إذا نواه) و لو لم ينوه كان متبرعا لا رجوع له عليه و يشهد لجواز الرجوع عليه صحيح ابن محبوب عن محمّد بن أحمد، عنه عليه السّلام: «سألته عن اللقيطه فقال: لا تباع و لا تشترى و لكن تستخدمها بما أنفقت عليها»(۱).

و بذلك افتى الشيخ فقال: «إن لم يكن سلطان ينفق عليه من بيت المال كان له الرّجوع عليه بما أنفقه إذا لم ينتفع بشى ء من جهته من خدمه أو ركوب»(۲).

لكن قيّد جواز الرجوع فی صحيحه عبد الرحمن العزرمی عن ابی عبد اللّه عن ابيه عليهما السّلام: «المنبوذ حر، فاذا كبر فان شاء توالی الی الذی

ص:۲۳۲

۱- وسائل الشيعه ج ۲۵، ص: ۴۶۷ ح ۴ باب ۲۲ و فی التهذيب عن محمد بدل عن محمد بن احمد و لعله هو الصواب و المراد به ابن مسلم و علی كل تقدير فالخبر موثوق به لان فی طريقه ابن محبوب و هو من اصحاب الاجماع .
۲- النجعه ج ۱۰ كتاب اللقطه

التقطه و الّا فليرد عليه النفقه و ليذهب فليوال من شاء»(۱) بما اذا لم يرد ان يواليه.

و يؤيـده خبر حـاتم بن إسـماعيل المـدائنى، عن الصّادق عليه السّلام: «المنبوذ حرّ فإن أحب أن يوالى غير الـذى ربّاه والاه، فان طلب منه الـذى ربّاه النّفقه و كـان موسـرا ردّ عليه و إن كـان معسـرا كـان مـا أنفق عليه صـدقه»(۲). فيقـع التعـارض بين منطوق الصـحيح الاول و مفهوم صـحيح العزرمى و ريب بتقدم النص على الظاهر فالجمع بينهما و بين الصـحيح الاول يقتضـى انه يجوز للملتقط المطالبه بالنفقه كما هو صـريح الصـحيح الاول بلا قيد ولا شـرط, و ان اللقيط اذا اراد الخروج عن ولاء الملتقط فعليه ان يرد مـا انفق عليه و بـذلك جمع الإسـكافى بقوله: «لو شـاء الـذى وجـده و لا مال معه أن يكون نفقته عليه كالـدين يقـدم به إلى حاكم المسـلمين ليأمره ذلك و يشهد به له فيكون له إذا كبر و أيسر أن يطالبه به فان شاء اللّقيط أن يوالى غير الذى ربّاه ردّ عليه نفقته و إن لم يفعل كان له ميراثه و ولاؤه»(۳).

و اما ما فى صـحيح علىّ بن جعفر، عن أخيه موسـى عليه السّلام: سألته عن اللّقطه إذا كانت جاريه هل يحلّ فرجها لمن التقطها؟ قال: لا إنّما يحلّ له بيعها بما أنفق عليها»(۴) الدال على جواز استرقاق اللقيط و جواز بيعه فمضافا

۱- وسائل الشيعه ۱۷: ۳۷۱ الباب ۲۲ من أبواب اللقطه الحديث ۳

۲- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۵ ص ۲۲۴ ح۲

۳- النجعه ج۱۰ كتاب اللقطه

۴- مسائل على بن جعفر و مستدركاتها ص ۱۹۱

للاعراض عنه معارض بالنصوص المستفيضه الداله على كونه حرا منها صحيح محمَّد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن اللَّقيط فقال حرٌّ لا يباع ولا يوهب(۱). قيل: و لعلّ «بيعها» فی خبر علی بن جعفر محرّف «استخدامها» فيتفقان(۲). قلت: نعم بقرينه صحيح ابن محبوب المتقدم, و صدر الخبر بانه لا يحل فرجها يعنی بالاسترقاق فانه اذا لم يجز استرقاقها كيف جاز بيعها, و الّا لتناقض الصدر مع الذيل و سقطت الروايه عن الاعتبار .

و لا ولاء عليه للملتقط

(و لا ولاء عليه للملتقط)

و لا لغيره من المسلمين و به قال الشيخان(۳), خلافا للإسكافی فقال: «فان شاء اللّقيط أن يوالی غير الذی ربّاه ردّ عليه نفقته و إن لم يفعل كان له ميراثه و ولاؤه»(۴).

اقول: الاصل هو انه لا ولاء لاحد عليه, نعم له ان يوالی الذی التقطه و له ان يوالی غيره فان والی غيره ردّ عليه نفقته و ذلك لصحيح العزرمی «المنبوذ حر، فاذا كبر فان شاء توالی الی الذی التقطه و الّا فليرد عليه النفقه و

۱- الكافی (ط - الإسلاميه) ج ۵ ص ۲۲۵ ح۵

۲- النجعه ج ۱۰ كتاب اللقطه

۳- النجعه ج ۱۰ كتاب اللقطه

۴- النجعه ج ۱۰ كتاب اللقطه

لیـذهب فلیوال من شاء»(۱), و امـا قول الاسـکافی: « و إن لم یفعـل کـان له ولاـؤه و میراثه» فلاـ دلیل علیه لانه إنّما له من ترکته نفقته لأنّه کان واجبا علیه الردّ بدلاله صحیح العزرمی و الباقی لبیت المال إن لم یوال غیره و إلّا فله.

حصیله البحث:

و الواجب حضانته بالمعروف و مع تعذّره ینفق علیه من بیت المال أو الزّکاه، فإن تعذّر استعان بالمسلمین، فإن تعذّر أنفق و رجع علیه إذا نواه و لاـ ولاـء علیه للملتقـط و لا لغیره من المسـلمین نعم له ان یوالی الـذی التقطه و له ان یوالی غیره فان والی غیره ردّ علی الملتقط نفقته.

و إذا خاف علیه التلف وجب أخذه کفایه

(و إذا خاف علیه التلف وجب أخذه کفایه) کما تقدم البحث عنه.

(و الّا اسـتحبّ أخذه) لأصاله عدم الوجوب مع ما فیه من المعاونه علی البر قال تعالی {وتعاونوا علی البر و التقوی} و فی صحیح معاویه بن وهب «کل معروف صدقه»(۲).

(و کلّ ما بیده أو تحته أو فوقه فله) لدلاله الید ظاهرا علی الملک.

ص:۲۳۵

۱- وسائل الشیعه ۱۷: ۳۷۱ الباب ۲۲ من أبواب اللقطه الحدیث ۳

۲- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۴ ص ۲۶ باب فضل المعروف .

(و لا ـ ينفق منه) ای من مـال اللقيـط (الّا بـإذن الحـاكم) و امـا الانفـاق من غير ماله فلا يحتاج الى اذن الحاكم و ذلک لان ظاهر الادله عدم الاحتياج الى اذن الحاكم .

(و يستحب الاشهاد على أخذه) عند المصنف و للعامّه قول بوجوبه(۱) و لم نقف فی أخبارنا على استحبابه، بل فی أخبار العامه فعن عياض بن حمار قال: «قال رسول الله صلى الله عليه و آله: من وجد لقطه فليشهد ذا عدل أو ذوی عدل و لا يكتم و لا يغيب، فان وجد صاحبها فليردها عليه، و الّا فهو مال الله يؤتيه من يشاء»(۲).

و يحكم بإسلامه إن التقط فی دار الإسلام مطلقا

(و يحكـم بإسـلامه إن التقـط فی دار الإسـلام مطلقـا) و لـو كـانت دار الإسـلام تحت سيطره أهـل الكفر و يشـهد لكـونه ملحقاً بالمسلمين صحيح إسحاق بن عمّار عن العبد الصّالح (عليه السلام) أنّه قال: لا بأس بالصّلاه فی الفراء اليمانیّ و فيما صنع فی أرض الإسلام قلت فإن كان فيها غير أهل الإسلام قال إذا كان الغالب عليها المسلمين فلا بأس(۳) بتقريب ان طهاره الفراء تابعه لكون الارض ارض المسلمين و المفهوم منه ان الملاک فی الحكم باسلام تلک

۱- المبسوط فی فقه الإماميه، ج ۳، ص: ۳۲۲

۲- تفسير سنن ابی داوود (معالم السنن) لابی سليمان الخطابی ج ۱ ص۳۵۷

۳- وسائل الشيعه، ج ۳، ص: ۴۹۲ ح۵

الارض هو كون الغالب عليها اهل الاسلام و عليه فالحكم باسلام اهلها يشمل صغارها .

(أو فی دار الحرب و فیها مسلم) یمکن تولده منه عند المصنف و لا دلیل له.

و اما استدلال الشیخ فی المبسوط لذلک بقوله (علیه السلام) «الإسلام یعلو و لا یعلی علیه» فشموله لدار الحرب غیر واضح بل معارض بصحیح إسحاق بن عمّار المتقدم «قلت فإن کان فیها غیر أهل الإسلام قال إذا کان الغالب علیها المسلمین فلا بأس» الدال بمفهومه علی ان الغالب علیها لو کان اهل الکفر فهی محکومه بالکفر و علیه فالاقوی ان لقیطها محکوم بالکفر ابتداءً و علیه فیجوز استرقاقه, و بذلک صرح المفید فقال: إن الحکم فی الدار علی الأغلب فیها و کل موضع غلب فیه الکفر فهو دار کفر و کل موضع غلب فیه الإیمان فهو دار إیمان و کل موضع غلب فیه الإسلام دون الإیمان فهو دار إسلام قال الله تعالی فی وصف الجنه {وَ لَنِعْمَ دارُ الْمُتَّقِینَ} و إن کان فیها أطفال و مجانین و قال فی وصف النار {سَأُرِیکُمْ دارَ الْفاسِقِینَ} و إن کان فیها ملائکه الله مطیعون فحکم علی کلتا الدارین بحکم الأغلب فیها(۱).

ثم انه لو الحق بالکافر یحکم بکفره للتبعیه کما تقدم فی باب المطهرات(۲).

۱- أوائل المقالات فی المذاهب و المختارات، ص: ۹۴

۲- الدرر الفقهیه ج۱ ص۲۳۹

(و عاقلته الامام) دون الملتقط لانه وارث من لا وارث له و هو المراد من قول الشيخين «ولاؤه للمسلمين» كما فی المقنعه: «فان لم يتوال أحدا حتی مات كان ولاؤه للمسلمين و إن ترک مالا كان ماله لبيت مال المسلمين» و نحوه فی النهايه(۱).

هذا إذا لم يتوال أحدا بعد بلوغه و الّا كان ولاؤه لمن تولاه كما تقدم فی صحيح العزرمی و غيره .

حصيله البحث:

و إذا خاف علی اللقيط التّلف وجب أخذه كفايةً و إلّا استحبّ، و كلّ ما بيده أو تحته أو فوقه فله و لا ينفق من ماله إلّا بإذن الحاكم و اما الانفاق من غير ماله فلا يحتاج الی اذن الحاكم، و لا يستحبّ الإشهاد علی أخذه، و يحكم بإسلامه إن التقط فی دار الإسلام مطلقا و لو كان الغالب علی الدار اهل الكفر فهی محكومه بالكفر و عليه فالاقوی ان لقيطها محكوم بالكفر ابتداءً و يجوز استرقاقه, و عاقلته الإمام إذا لم يتوال أحدا بعد بلوغه و الّا كان ولاؤه لمن تولاه .

ص:۲۳۸

۱- جواهر الكلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۳۸، ص: ۱۸۹

و ان اختلفا فی الإنفاق

(و لو اختلفا) الملتقط و اللقیط بعد البلوغ (فی الإنفاق) فادعاه الملتقط و أنکره اللقیط، (أو) اتفقا علی أصله، و اختلفا فی (قدره حلف الملتقط فی قدر المعروف) و به قال الشیخ فی المبسوط للعلم بالانفاق و علیه فلا یصار الی اصل عدم الإنفاق و اما مع عدم العلم الّا ان الظاهر هو الانفاق فهل یقدم علی الاصل قیل بتقدمه لاقوائیته و الصحیح انها لا توجب تقدمه لعدم الدلیل, و أما ما زاد علی المعروف فلا یلتفت إلی دعواه فیه، لأنه علی تقدیر صدقه مفرط, و لو قدر عروض حاجه إلیه فالأصل عدمها.

و لو تشاح ملتقطان أقرع

(و لو تشاح ملتقطان) فی أخذه قدم السابق إلی أخذه کما تقدم فإن استویا (أقرع) بینهما و حکم به لمن أخرجته القرعه لعموم قولهم علیهم السّلام: القرعه لکلّ أمر مجهول، و صحیح حماد و هو من اصحاب الاجماع عمن اخبره عن حریز، عن أبی جعفر (علیه السلام) أوّل من سوهم علیه مریم بنت عمران و هو قوله تعالی «و ما کنت لدیهم إذ یلقون أقلامهم أیّهم یکفل مریم - الخبر» و فیه «ثمّ سوهم علی یونس، ثمّ علی عبد اللّه أبی النبیّ صلّی اللّه علیه و آله»(۱).

(و لو ترک أحدهما للآخر جاز) للعمومات و عدم المانع منه .

ص:۲۳۹

۱- من لا یحضره الفقیه ج ۳ ص ۸۹

و لو تداعی بنوّته اثنان و لا بیّنه فالقرعه

(و لو تداعی بنوّته اثنان و لا بیّنه) لاحدهما أو لکل منهما بینه (فالقرعه، و لا ترجیح بالإسلام علی قول الشیخ) فی الخلاف حیث قال: «الحرّ و العبد و المسلم و الکافر فی دعوی النّسب سواء و لا مزیّه لأحدهم و به قال الشافعیّ، و قال أبو حنیفه: الحرّ أولی من العبد و المسلم من الکافر، دلیلنا عموم الاخبار و لم یخصّوا کافرا من مسلم و لا عبدا من حرّ»(۱), لکنه اختار فی المبسوط الترجیح به فقال: «الحرّ و العبد و الکافر و المسلم فی دعوی النّسب سواء لا مزیه لأحدهم علی صاحبه، و قال قوم الحرّ أولی من العبد، و المسلم أولی من الکافر و هذا أقوی»(۲) و ذلک للحکم بإسلام اللقیط علی تقدیر أن یکون اللقیط محکوما بإسلامه.

و فیه: ان الحکم باسلامه علی تقدیره اعم من کونه متولدا من مسلم, و الحکم باسلامه و عدمه قد تقدم فی التبعیه من المطهرات من کتاب الطهاره(۳) .

(و لا ترجیح بالالتقاط)

بل الملتقط کغیره فی دعوی نسبه و استدل له الشیخ فی المبسوط بقوله: «و الید لا تأثیر له هیهنا لانّ الید إنّما یکون له تأثیر فی ما یملک و النسب لیس کذلک»(۴).

ص:۲۴۰

۱- الخلاف؛ فی ۲۵ من مسائل اللقطه

۲- المبسوط ج۳ ص ۳۵۰

۳- الدرر الفقهیه ج۱ ص ۲۴۰

۴- المبسوط ج۳ ص۳۴۸

حصیله البحث:

و لو اختلفا فی الإنفاق أو قدره حلف الملتقط فی المعروف، و لو تشاحّ ملتقطان أقرع و لو ترک أحدهما للآخر جاز، و لو تداعی بنوّته اثنان و لا بیّنه فالقرعه، و لا ترجیح بالإسلام و لا بالالتقاط.

(الفصل الثانی فی لقطه الحیوان)

اشاره

(و تسمّی ضالّه) ذکر ذلک المبسوط لکن لا اختصاص للضّاله بالحیوان بل تجی ء لغیر الحیوان أیضا کما کثیر من الاخبار منها صحیح صفوان الجمّال، عن الصّادق علیه السّلام: «من وجد ضالّه فلم یعرّفها، ثمّ وجدت عنده فإنّها لربّها و مثلها من مال الذی کتمها»(۱).

و أخذه فی صوره الجواز مکروه

(و أخذه فی صوره الجواز) کما فی اخذ الشاه (مکروه للنهی عنه)

ص:۲۴۱

۱- من لا یحضره الفقیه ج ۳ ص ۲۹۳ باب اللقطه و الضاله .

لصحیح معاویه بن عمّار عن الصّادق (علیه السلام) «قال: سأل رجل النّبی صلّی اللّه علیه و آله عن الشّاه الضالّه بالفلاه، فقال للسائل: هی لک أو لأخیک أو للذّئب، قال: و ما أحب أنّ أمسّها»(۱).

و هل یستحبّ الاشهاد علیه؟

(و یستحبّ الاشهاد) علیه عن المصنف, قلت: أما استحباب الإشهاد فذکره الخلاف و لم یذکر له دلیلا عدا الاجماع فقال: «و لا دلیل أیضاً علی وجوب الاشهاد، و استحبابه مجمع علیه»(۲) و هو کما تری .

(و لو تحقّق التلف لم یکره)

اخذه لحفظه لانه من المعروف و احسان, هذا و فی المبسوط «قیل: یجب الأخذ و قیل: یستحب، و هو الأقوی لأن الأصل براءه الذمه، و لا دلیل علی وجوب أخذها و قد روی أصحابنا کراهه أخذها مطلقا»(۳).

و البعیر و شبهه إذا وجد فی کلاء و ماء صحیحا ترک

(و البعیر و شبهه إذا وجد فی کلاء و ماء صحیحا ترک)

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان) ج ۶ ص ۳۹۴ باب اللقطه و الضاله

۲- الخلاف؛ ج ۳، ص: ۵۸۱

۳- المبسوط ج۳ ص۳۲۲

و جوباً لما تقدم من صحيح معاويه بن عمّار «و سئل عن البعير الضَّالّ فقال للسَّائل ما لك و له خفُّه حذاؤه و كرشه سقاؤه خلِّ عنه»(۱) و صحيح هشام بن سالم عن الصّادق (علیه السلام) جاء رجل إلی النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله فقال: انّی وجدت شاه فقال صلّی اللّه علیه و آله: هی لک أو لأخیک أو للذئب فقال: إنّی وجدت بعیرا فقال: معه حذاؤه و سقاؤه، حذاؤه خفّه و سقاؤه کرشه فلا تهجه»(۲) و غیرهما.

و فی جواز الاخذ بنیه الحفظ لمالکه وجهان: من کونه احسانا, و من إطلاق الأخبار بالنهی و هو الاقوی .

(فیضمن بالأخذ) لعموم ادله الضمان .

(و لا یرجع آخذه بالنفقه) حیث لا یرجح أخذه لحرمته او کراهته، لتبرعه بها, نعم مع وجوب الاخذ فالأقوی جوازه مع نیته، لأنه محسن، و لأن إذن الشارع له فی الأخذ مع عدم الإذن فی النفقه ضرر, و أما مع استحباب الاخذ فلا وجه لجواز الرجوع فیها بل هو من مصادیق التبرع بها .

(و لو ترک من جهد لا فی کلاء و ماء أبیح) أخذه و ملکه الآخذ و إن وجد مالکه و عینه قائمه لصحیحه عبد اللّه بن سنان عن الصادق (علیه السلام): «من

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان) ج ۶ ص ۳۹۴ باب اللقطه و الضاله
۲- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۵ ص ۱۴۰ باب اللقطه و الضاله

أصاب مالا، أو بعيرا فى فلاه من الأرض قد كلت و قامت(۱) و سيبها(۲) صاحبها لما لم تتبعه فأخذها غيره فأقام عليها(۳) و أنفق نفقه حتى أحياها من الكلال، و من الموت فهى له، و لا سبيل له(۴) عليها، و إنما هى مثل الشى ء المباح»(۵) و غيرها.

حصيله البحث:

يكره أخذ الحيوان فى صوره جواز الاخذ كما فى اخذ الشاه فى الفلاه، و لا يستحبّ الإشهاد، و لو تحقّق التّلف لم يكره و البعير و شبهه إذا وجد فى كلإٍ و ماءٍ صحيحاً ترك وجوبا فيضمن بالأخذ و لا يرجع آخذه بالنّفقه، و لو ترك من جهدٍ لا فى كلإٍ و ماءٍ أبيح اخذه و ملكه الآخذ و إن وجد مالكه و عينه قائمه.

حكم الشاه فى الفلاه

(و الشاه فى الفلاه) التى يخاف عليها فيها السباع (تؤخذ) جوازا (لأنها لا تمتنع من صغير السباع) لصحيح معاويه بن عمّار عن الصّادق (عليه السلام) «قال:

۱- أى بقيت هناك و لم تتمكن من السير.

۲- أى أهملها و تركها.

۳- أى الملتقط بقى عندها حتى صحت.

۴- أى لمالكها الأول.

۵- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۵ ص ۱۴۰ باب اللقطه و الضاله

سأل رجل النّبى صلّى اللّه عليه و آله عن الشّاه الضالّه بالفلاه، فقال للسائل: هى لک أو لأخيک أو للذّئب، قال: و ما أحب أنّ أمسّها»(۱).

(و حينئذ يتملكها إن شاء) بحكم قوله صلّى اللّه عليه و آله «للسائل: هى لک» .

(و فى الضمان) لمالكها على تقدير ظهوره إذا تملّكها (وجه) جزم به المصنف فى الدروس و به قال الشّيخان و الدّيلمىّ و ابن حمزه و ابن زهره و الحلّى و يشهد له صحيح علىّ ابن جعفر، عن أخيه فى خبر «قال: و سألته عن الرّجل يصيب درهما أو ثوبا أو دابّه كيف يصنع؟ قال: يعرّفها سنه، فان لم تعرف جعلها فى عرض ماله حتّى يجى ء طالبها فيعطيها إيّاه، و إن مات أوصى بها و هو لها ضامن»(۲) بتقريب ان قوله (عليه السلام) «جعلها فى عرض ماله» بمعنى انه يجوز له قصد التملك و قد حكم الامام (عليه السلام) فى ذيل الصحيح بكونه ضامنا .

و فيه: انه لم يعلم كون موضوع الضمان فيها هو قصد تملكها بل الظاهر انه لو اتلفها فهو لها ضامن كما فى معتبر السّكونىّ عن أبى عبد اللّه (عليه السلام) أنّ أمير المؤمنين (عليه السلام) سئل عن سفرةٍ وجدت فى الطّريق مطروحهً كثيرٍ لحمها و خبزها و بيضها و جبنّها و فيها سكّينٌ فقال أمير المؤمنين (عليه السلام) يقوّم ما فيها

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ۶ ص ۳۹۴ باب اللقطه و الضاله

۲- من لا يحضره الفقيه ج ۳ ص ۲۹۲ باب اللقطه و الضاله

ثمّ يؤكل لأنّه يفسد و ليس له بقاءٌ فإن جاء طالبها غرموا له الثّمن»(۱) و هو و ان كان موضوعه سفره طعام لكنه شامل لما نحن فيه بالفهم العرفى لعدم خصوصيه فى ذلک .

و هل يتوقف تملكها على التعريف؟ قيل: نعم، لأنها مال فيدخل فى عموم الأخبار الداله على وجوبه و لخصوص صحيح صفوان الجمّال عن الصّادق (عليه السلام) «من وجد ضالّه فلم يعرّفها، ثمّ وجدت عنده فإنّها لربّها و مثلها من مال الذى كتمها»(۲).

و صحيح علىّ ابن جعفر، عن أخيه فى خبر «قال: و سألته عن الرّجل يصيب درهما أو ثوبا أو دابّه كيف يصنع؟ قال: يعرّفها سنه – الخبر»(۳).

و يؤيد ذلک خبره الاخر عن أخيه عليه السّلام: «سألته عن رجل أصاب شاه فى الصّحراء هل تحلّ له؟ قال: قال النبىّ صلّى اللّه عليه و آله: هى لک أو لأخيک أو للذئب فخذها و عرّفها حيث أصبتها فإن عرفت فردّها إلى

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۲۹۷ ح ۲

۲- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۵ ص ۱۴۱؛ و الفقيه، ج ۳، ص: ۲۹۴، والتهذيب ج ۶ ص ۳۹۳ ح ۲۰ ؛ و فيه: «أو مثلها» بدل «و مثلها» .

۳- من لا يحضره الفقيه ج ۳ ص ۲۹۲ باب اللقطه و الضاله

صاحبها و إن لم تعرف فكلها و أنت ضامن لها إن جاء صاحبها يطلب ثمنها أن تردّ عليه ثمنها»(۱).

و قيل: بالعدم لقوله صلى اللّه عليه و آله: «هی لک» فإن المتبادر منه عدم وجوبه, و فيه: انه اعم و ذلك لظهوره في اصل جواز الاخذ فالأقوی وجوب التعريف للعمومات .

و حيث وجب التعريف فهو سنه كما تقدم ذلك فی صحيح ابن جعفر.

و أمّا خبر ابن أبی يعفور، عن الصّادق (عليه السلام) قال: جاء رجل من أهل المدينه فسألنی عن رجل أصاب شاه؟ قال: فأمرته أن يحبسها عنده ثلاثه أيّام و يسأل عن صاحبها، فان جاء صاحبها و إلّا باعها و تصدّق بثمنها»(۲) فقضيّه فی واقعه، مع أنّه فی طريقه الهمدانیّ الوضّاع، و لم يتضمّن أنّه وجدها فی فلاه فلعلّه وجدها فی العمران و كان الواجد عاجزا عن إبقائها .

هذا و له ان يبقيها امانه كما قال المصنف: (أو يبقيها أمانه) لعدم وجوب تملكها (أو يدفعها إلى الحاكم) لانه ولی الغائب .

ص:۲۴۷

۱- قرب الإسناد (ط - الحديثه) ص۲۷۳

۲- التّهذيب (فی ۳۶ من أخبار لقطته)

(و کذا ما لا یمتنع من صغیر السباع) حکمه حکم الشاه و ان کان النص واردا فی الشاه الّا انه لا خصوصیه لها عرفا فعلیه یلحق بها غیرها و بالالحاق قال فی المبسوط(۱).

حصیله البحث:

و الشّاه فی الفلاه تؤخذ لأنّها لا تمتنع من صغیر السّباع و حینئذٍ یتملّکها إن شاء بعد تعریفها سنهً، و علیه ضمانها ان اکلها، و له ان یبقیها أمانهً أو یدفعها إلی الحاکم, و کذا کلّ ما لا یمتنع من صغیر السّباع .

حکم ما لو وجدت الشاه فی العمران

(و لو وجدت الشاه فی العمران احتبسها ثلاثه أیّام فان لم یجد صاحبها باعها و تصدّق بثمنها)

عند المصنف لخبر ابن أبی یعفور، عن الصّادق (علیه السلام) قال: جاء رجل من أهل المدینه فسألنی عن رجل أصاب شاه؟ قال: فأمرته أن یحبسها عنده ثلاثه أیّام و یسأل عن صاحبها، فان جاء صاحبها و إلا باعها و تصدّق بثمنها»(۲).

اقول: و من الغریب عمل المصنّف بهذا الخبر مع تفرّد التهذیب بروایته و عدم شهره مضمونه، و فی طریقه محمّد بن موسی الهمدانیّ الوضّاع الذی

ص:۲۴۸

۱- النجعه ج۱۰ کتاب اللقطه

۲- التّهذیب (فی ۳۶ من أخبار لقطته)

استثناه ابن الولید و ابن بابویه من روایات محمّد بن أحمد بن یحیی، و قد أخذه التهذیب عنه، مع أنّه یردّه عموم صحیح علیّ ابن جعفر، عن أخیه (علیه السلام) فی خبر «قال: و سألته عن الرّجل یصیب درهما أو ثوبا أو دابّه کیف یصنع؟ قال: یعرّفها سنه، فان لم تعرف جعلها فی عرض ماله حتّی یجی ء طالبها فیعطیها إیّاه، و إن مات أوصی بها و هو لها ضامن»(۱) و به نخرج عن مقتضی قاعده عدم جواز التصرف فی مال الغیر من دون احراز طیب نفسه.

و هل لا یشترط فی الأخذ إلّا الأخذ؟

(و لا یشترط فی الأخذ إلّا الأخذ فتقر ید العبد علی الضّالّه و الولی علی لقطه غیر الکامل و الإنفاق کما مر) فی الإنفاق علی اللقیط, و المراد انه لیس أخذ الضّاله مثل أخذ اللّقیط الذی قلنا فیه: یشترط بلوغ الملتقط و عقله و غیرهما.

و فیه: انه لا اثر لید العبد و غیر البالغ بلا اذن من المولی و الولی, فان شاء الولی امضاه فهو و الّا فلا.

(و لو انتفع) الآخذ بالظهر، و الدر، و الخدمه مثلا (قاص) المالک بالنفقه، و رجع ذو الفضل بفضله کما هو مقتضی القواعد. و الاقوی ان الانتفاع یکون بإزاء النفقه للتهاتر بین الحقین .

۱- من لا یحضره الفقیه ج ۳ ص ۲۹۲ باب اللقطه و الضاله

و لا يضمن الّا بالتفريط

(و لا يضمن) الآخذ (الّا بالتفريط) كما هو معلوم .

(أو قصد التملك)

كما تقدم البحث عنه مفصلا عند قول المصنف «و فی الضمان وجه» .

و ممّا یوجب الضّمان ما إذا لم یعرّفها، و یمکن جعله من التفریط کما دل علی ذلک صحیح صفوان الجمّال عن الصّادق (علیه السلام) «من وجد ضالّه فلم یعرّفها، ثمّ وجدت عنده فإنّها لربّها و مثلها من مال الذی کتمها»(۱).

و ممّا یوجبه ایضا ما إذا نوی أخذ جعاله کما فی معتبر الحسین بن زید(۲) عن جعفر بن محمّد، عن أبیه علیهم السّلام «کان أمیر المؤمنین (علیه السلام) یقول فی

۱- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۵ ص ۱۴۱؛ و الفقیه، ج ۳، ص: ۲۹۴، والتهذیب ج ۶ ص ۳۹۳ ح ۲۰ ؛ و فیه: «أو مثلها» بدل «و مثلها» .

۲- الحسین بن زید بن علیّ بن الحسین علیهما السّلام هو الذی یلقب ذا الدمعه و یکنی أبا عبد اللّه، و لم یوثق صریحا فی کتب رجالنا الا ان الصدوق اعتمد کتابه و جعله فی عداد مصادر فتواه، نعم وثقه الدارقطنی من العامّه، و الطریق الیه لا اشکال فیه الّا من جهه محمد بن علی ماجیلویه و هو ثقه علی التحقیق فالسند معتبر .

الضّالّه يجدها الرّجل فينوى أن يأخذ لها جعلا فتنفق قال: هو ضامن لها، فان لم ينو أن يأخذ لها جعلا فنفقت فلا ضـمان عليه»(۱)
و به عمل الفقيه.

حصيله البحث:

قيل: و لو وجـدت الشّاه فى العمران احتبسـها ثلاثه أيّامٍ فإن لم يجـد صاحبها باعها و تصـدّق بثمنها. قلت: الاقوى انها كغيرها فى الحكم كما تقدم .

و لاـ اثر ليـد العبـد و غير البـالغ بلاـ اذن من المولى و الولى, فـان شـاء الولى امضاه فهو و الّا فلا, و لو انتفع الاخـذ قاصّ المالك بالنفقه، و لا يضمن إلّا بتفريطٍ او إذا لم يعرّفها، او إذا نوى أخذ جعاله.

(الفصل الثالث فى لقطه المال)

حكم لقطه الحرم

(و ما كان منه فى الحرم حرم أخذه) بنيه التملك مطلقا قليلا كان أم كثيرا عند المصنف لقوله تعالى: {أَ وَ لَمْ يَرَوْا أَنّا جَعَلْنا حَرَماً آمِناً}(۲) بتقريب ان جعل الحرم المكى آمنا يلازم تحريم اخذ اللقطه منه.

ص:۲۵۱

۱- من لا يحضره الفقيه ج ۳ ص ۲۹۶ باب اللقطه و الضاله
۲- العنكبوت: الآيه ۶۷

و لصحيحه الفضيل بن يسار: «سألت ابا جعفر عليه السّلام عن لقطه الحرم فقال: لا تمس ابدا حتى يجى ء صاحبها فيأخذها. قلت: فان كان مالا كثيرا قال: فان لم يأخذها الّا مثلك فليعرفها»(۱).

و صحيحه يعقوب بن شعيب: «سألت ابا عبد اللّه عليه السّلام عن اللقطه و نحن يومئذ بمنى فقال: اما بأرضنا هذه فلا يصلح، و اما عندكم فان صاحبها الذى يجدها يعرفها سنه فى كل مجمع ثم هى كسبيل ماله»(۲).

اقول: و لا يخفى ما فى الاستدلال من الاشكال اما الاول فلان جواز اخذ لقطه الحرم لغرض تعريفها و ايصالها الى صاحبها لا ينافى جعله آمنا، فان المراد من جعله آمنا كون الانسان فيه آمنا على نفسه و ماله من القتل و النهب و لو بحق, و اما الثانى فلان الصحيحه بلحاظ ذيلها ادلّ على الجواز, و اما الثالث فلان تعبير «لا يصلح» بعد ملاحظه صحيحه فضيل السابقه يراد به الكراهه, و عليه فالاقوى هو القول بالجواز مع الكراهه.

و يؤكد الجواز ايضا صحيح ابراهيم بن عمر عن ابى عبد اللّه عليه السّلام: «اللقطه لقطتان: لقطه الحرم و تعرّف سنه، فان وجدت صاحبها و الّا

۱- وسائل الشيعه ۹: ۳۶۱ الباب ۲۸ من أبواب مقدمات الطواف الحديث ۲

۲- وسائل الشيعه ۹: ۳۶۱ الباب ۲۸ من أبواب مقدمات الطواف الحديث ۱

تصدقت بها، و لقطه غيرها تعرف سنه فان لم تجد صاحبها فهى كسبيل مالك»(۱).

(و) على القول بالتحريم (لو أخذه حفظه لربه) قيل: لأنه يصير بعد الأخذ أمانه شرعيه. و فيه ما سيأتى.

(و إن تلف بغير تفريط لم يضمن) عند المصنف, و فيه: انه على القول بالتحريم لا يكون امانه شرعيه لنهى الشارع عن أخذها و عليه فالمناسب للقول بالتحريم هو ثبوت الضمان مطلقا فرّط أم لا.

(و ليس له تملكه) قل أم كثر كما يشهد لذلک اطلاق صحيح حريز عن الصّادق عليه السّلام: «قال النّبى صلّى اللّه عليه و آله فى خبر فى فتح مكّه: و لا تحلّ لقطتها إلّا لمنشد»(۲) و صحيح ابراهيم بن عمر الاتى.

(بل يتصدق به) لصحيح ابراهيم بن عمر عن ابى عبد اللّه عليه السّلام: «اللقطه لقطتان: لقطه الحرم و تعرّف سنه، فان وجدت صاحبها و الّا تصدقت بها، و لقطه غيرها تعرف سنه فان لم تجد صاحبها فهى كسبيل مالک»(۳).

و معتبر على بن ابى حمزه عن الكاظم عليه السلام «قال سألته عن رجل وجد دينارا فى الحرم فأخذه قال: بئس ما صنع ما كان ينبغى له أن يأخذه

۱- وسائل الشيعه ۹: ۳۶۱ الباب ۲۸ من أبواب مقدمات الطواف الحديث ۴

۲- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۴ ص۲۲۶

۳- وسائل الشيعه ۹: ۳۶۱ الباب ۲۸ من أبواب مقدمات الطواف الحديث ۴ .

قـال: قلت قـد ابتلى بـذلک قال: يعرفه قلت: فإنه قـد عرفه فلم يجـد له باغيا فقال: يرجع إلى بلـده فيتصـدق به على أهل بيت من المسلمين...»(۱) نعم الاشکال فی سنده من جهه البطائنی الّا انه ثقه علی التحقيق کما تقدم .

و امـا خبر محمّـد بن رجا الأرجانیّ «قال: کتبت إلى الطيّب عليه السّـلام أنّی کنت فی المسـجد الحرام فرأيت دينارا فأهويت إليه لأخـذه فـإذا أنـا بآخر، ثمّ نحيت الحصـی فإذا أنا بثالث فأخـذتها فعرّفتها فلم يعرفها أحـد فما ترى فی ذلک؟ فکتب عليه السّـلام فهمت مـا ذکرت من أمر الـدنانير فـان کنت محتاجـا فتصـدّق بثلثها و إن کنت غنيا فتصـدّق بالکلّ»(۲) الـدال على جواز تملک الثلثين منه ان کان فقيرا و به أفتى الإسکافی(۳) کما هو ظاهر الکافی و

۱- تهـذيب الأحکام (تحقيق الخرسان) ج ۶ ص ۳۹۵ رواه عن کتاب الصّـفّار عن محمّد بن الحسـين، عن وهيب، عن أبی بصير عـن علیّ بـن أبی حمزه، عنه عليه السّـلام، و رواه (فی زيـادات فقه حجّه فی خـبره ۱۰۸) «عن کتـاب موسـی بن القاسم، عن ابن جبله، عن علیّ بن أبی حمزه قال: سألت العبد الصالح عليه السّـلام ..» و الصّواب إسناده الثانی فعلیّ بن أبی حمزه يروی عن أبی بصير لا بالعکس، و الظاهر أنّ «أبی بصير» فيه محرّف «ابن جبله» .

۲- الکافی (ط - الإسـلاميه) ج ۴ ص۲۳۹؛ و رواه الفقيه فی ۵ من لقطته «عن محمّـد بن رجاء الخيّاط»، و رواه التهـذيب فی ۲۸ من أخبار لقطته مثل الفقيه.

۳- مرآه العقول فی شرح أخبار آل الرسول، ج ۱۷، ص: ۱۰۰

الفقیه, فمضافا لضعفه سندا بالارجانی الظاهر اعراض الاصحاب عن العمل به.

و اما خبر الفضیل بن غزوان «قال: کنت عند أبی عبد اللّه علیه السّلام فقال له الطیار: إنّی وجدت دینارا فی الطواف قد انسحق کتابته، فقال: هو له»(۱) الدال علی جواز تملک لقطه الحرم و به أفتی الصّدوقان(۲) کما هو ظاهر الکافی, فهو و ان رواه ابن ابی عمیر صحیحا عن ابن غزوان الّا انه معارض بما هو اقوی منه المعتضد بعمل المشهور مما تقدم و علیه فلا وثوق به.

(و فی الضمان) لو تصدق به بعد التعریف و ظهر المالک فلم یرض بالصدقه (خلاف) منشؤه من عموم ادله الضمان و من إتلافه مال الغیر بغیر إذنه، و دلاله ما تقدم من الصحیح و غیره علی ضمان المتصدق لو کره المالک.

و من کونه أمانه قد دفعها بإذن الشارع فلا یتعقبه الضمان، و لأصاله البراءه. و فیه: انه اجتهاد قبال النص فالقول بالضمان هو الأقوی.

ص:۲۵۵

۱- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۴ ص۲۳۹؛ و رواه التهذیب فی ۲۷ من أخبار لقطته عن کتاب أحمد الأشعریّ و فیه: «فقال له الطیّار: إنّ حمزه ابنی وجد- الخبر» و الظاهر وقوع سقط فی الکافی لکون الأصل فیهما واحدا .

۲- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۲۹۷ و مرآه العقول ج ۱۷، ص: ۱۰۰

(ولو أخذه بنيه الإنشاد لم يحرم) لما تقدم من صحيح حريز عن الصّادق عليه السّلام: «قال النّبی صلّی اللّه علیه و آله فی خبر فی فتح مکّه: و لا تحلّ لقطتها إلّا لمنشد»(۱).

(و یجب تعریفه حولا علی کل حال)

کما تقدم فی صحیح ابراهیم بن عمر عن ابی عبد اللّه علیه السّلام: «اللقطه لقطتان: لقطه الحرم و تعرّف سنه...» نعم مع الیأس عن صاحبها یسقط التعریف کما هو مقتضی القاعده و هو الظاهر من المعتبر المتقدم الدال علی جواز التصدق بها مع الیأس عن صاحبها ففیه: « فإنه قد عرفه فلم یجد له باغیا فقال: یرجع إلی بلده فیتصدق به...» فانه لا یحتمل فیه انه قد عرفها سنه.

و هل وجوب التعریف و التصدق یعمّ اللقطه التی لا تبلغ الدرهم أیضا؟ فقد یقال بعدم لزوم تعریفها و التصدق بها حتی اذا کانت فی الحرم, و ذلک لان صحیحه ابراهیم بن عمر لا اطلاق لها للّقطه الاقل من الدرهم حیث انها تتحدث عن اللقطه التی یجب تعریفها سنه سواء کانت فی الحرم أم فی غیره، و لیست هی الّا ما کانت درهما فما زاد، و معه تعود مرسله محمد بن ابی حمزه- الشامله باطلاقها للقطه الحرم- بلا معارض فیتمسک باطلاقها.

و فیه: ان استثناء ما دون الدرهم یختص بلقطه غیر الحرم و لا اطلاق فیه لیشمل الحرم و علیه فالاقوی و جوب التصدق بلقطه الحرم قل ام کثر .

ص:۲۵۶

۱- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۴ ص۲۲۶

حصیله البحث:

لقطه الحرم: قیل یحرم أخذها و الاقوی الکراهه سواء أخذها بنیّه الإنشاد ام بغیره, و لو أخذها حفظها لربّها و إن تلفت بغیر تفریط ضمنها، و لیس له تملّکها قلّت ام کثرت بل یتصدّق بها، و لو ظهر المالک و لم یرض بالتصدق ضمن, و یجب تعریفها حولاً علی کلّ حال و مع الیأس عن صاحبها یسقط التعریف و جاز التصدق بها.

حکم لقطه غیر الحرم

(و ما کان فی غیر الحرم یحل منه دون الدرهم(۱) من غیر تعریف)

کما هو المشهور بل لا خلاف فیه یعرف بین الاصحاب و یشهد لذلک صحیح ابن ابی عمیر و هو من اصحاب الاجماع عن محمد بن ابی حمزه عن بعض اصحابنا عن ابی عبد اللّه علیه السّلام: «سألته عن اللقطه قال: تعرف سنه قلیلا کان أو کثیرا. قال: و ما کان دون الدرهم فلا یعرّف»(۲) و به عمل الکلینی(۳) و الفقیه حیث قال: و إن کانت اللُّقطه دون درهم فهی لک لا تعرّفها(۴).

۱- المقصود من الدرهم الشرعی هو الفضه المسکوکه, قیل: وقیمته تعادل ثلاثه غرامات الّا ربع عشر الغرام تقریبا .

۲- وسائل الشیعه ج۲۵ ص ۴۴۶ الباب ۴ من أبواب اللقطه الحدیث ۱

۳- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۵ ص ۱۳۷ باب اللقطه و الضاله

۴- من لا یحضره الفقیه ج ۳ ص ۲۹۷ باب اللقطه و الضاله

ثم انه بناء على عدم وجوب التعريف هل يكون الحكم هو وجوب التصدق او جواز التملك؟ المعروف بين الاصحاب جواز قصد التملك كما هو ظاهر الصحيح فان استثناء ما دون الدرهم من حكم اللقطه - يعنى من وجوب تعريفها ثم التصدق بها او تملكها - يدل على جواز تملكها كما فهمه الاصحاب و به صرح الصدوق فى عبارته السابقه كما و ان له التصدق بها, و لا يخفى ان عباره الصدوق ليست بروايه كما توهمه صاحب الوسائل(۱).

(و ما عداه يتخيّر الواجد فيه بعد تعريفه حولاً بنفسه و بغيره) لحصول الغرض بهما و اطلاق دليل التعريف (بين الصدقه به و التملك و يضمن فيهما) عند المصنف و الاقوى انه لا يضمنها بمجرد نيه التملك (و بين إبقائه امانه و لا يضمن)

اما تعريفها سنه فتشهد له النصوص المستفيضه منها صحيح الحلبیّ، عنه (عليه السلام) «فى اللّقطه يجدها الرجل الفقير أ هو فيها بمنزله الغنىّ؟ قال: نعم و اللّقطه يجدها الرجل و يأخذها؟ قال: يعرّفها سنه فان جاء لها طالب و الّا فهى كسبيل ماله، و كان علىّ بن الحسين عليهما السّلام يقول لأهله لا تمسّوها»(۲)، قلت: و المراد من كون الفقير فى اللّقطه بمنزله الغنىّ هو كون الفقير مثل الغنىّ فى وجوب التعريف .

و اما خبر أبان بن تغلب «أصبت يوما ثلاثين دينارا فسألت أبا عبد اللّه (عليه السلام) عن ذلك فقال لى أين أصبته؟ فقلت له: كنت منصرفا إلى منزلى فأصبتها،

۱- وسائل الشيعه ۲۵ ص ۴۴۳ الباب ۲ من أبواب اللقطه الحديث ۹

۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ۶ ص ۳۸۹ ح۳ باب اللقطه و الضاله

قال: فقال صر إلی المکان الذی أصبت فیه فتعرّفه، فان جاء طالبه بعد ثلاثه أیّام فأعطه و الّا تصدّق به»(۱) فمضافا لضعفه بمحمّد بن موسی الهمدانیّ الکذّاب فی طریقه هو خبر شاذّ فالأخبار متّفقه علی أنّ التعریف فی سنه و هو تضمّن ثلاثه أیّام .

و اما خبر أبی بصیر، عن الباقر علیه السّلام: «من وجد شیئا فلیتمتّع به حتّی یأتیه طالبه فاذا جاء طالبه ردّه إلیه»(۲) الدال باطلاقه علی جواز تملکه بلا تعریف فمضافا لضعفه سندا لوقوع إبراهیم بن إسحاق فی طریقه و قد قال فهرست الشّیخ فیه: «کان ضعیفا فی حدیثه متّهما فی دینه» و کذا النجاشیّ، و قال ابن الغضائریّ فی حدیثه ضعف و فی مذهبه ارتفاع, و مضافا الی اعراض الاصحاب عنه حمل علی ما کان دون الدّرهم .

و اما ما فی موثق محمّد بن قیس عن أبی جعفر (علیه السلام) قال: قضی علیّ (علیه السلام) فی من وجد ورقا فی خربه أن یعرّفها فان وجد من یعرفها و إلّا تمتّع بها»(۳) فلا علاقه له باللقطه لأنّ المحتمل من وجدانها فی خربه کونه من الزمان السابق علی العصر الحاضر.

و اما التصدق بها بعد تعریفها سنه مع الضمان اذا لم یرض صاحبها به فیدل علیه صحیح علی بن جعفر عن أخیه علیه السّلام: «و سألته عن الرجل یصیب اللقطه فیعرّفها سنه ثم یتصدق بها فیأتی صاحبها ما حال الذی

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان) ج ۶ ص ۳۹۷ باب اللقطه و الضاله

۲- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۵ ۱۳۹ باب اللقطه و الضاله ح۱۵

۳- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان) ج ۶ ص ۳۹۸ ح۳۹

تصدّق بها؟ و لمن الاجر؟ هل عليه ان يرد على صاحبها او(۱) قيمتها؟ قال: هو ضامن لها و الاجر له الّا ان يرضى صاحبها فيدعها و الاجر له»(۲), و سنده تام لأنه بطريق قرب الاسناد و ان كانت ضعيفه ب «عبد اللّه بن الحسن» حيث انه مهمل الّا ان صاحب الوسائل رواها من كتاب على بن جعفر و طريقه اليه صحيح . و مثله فى الدلاله غيره.

هذا و لابد فى التصدق من ان يكون عن صاحبها كما هو المعروف فى كلمات الاصحاب الّا ان الروايات خاليه منه, و يكفى فيه ذلك الانصراف .

ثم ان حكم اللقطه التى لا يمكن تعريفها هو التصدق بها لا غير و ذلك لان جواز تملك مال الغير و التصرف فيه من دون احراز رضاه امر على خلاف قاعده «لا يحل دم امرئ مسلم و لا ماله الّا بطيبه نفس منه» و لا بدّ من الاقتصار على المورد الذى دل الدليل فيه على جوازه، و هو بعد التعريف سنه، و فى غير ذلك يلزم تطبيق حكم مجهول المالك- بعد تعذر تطبيق حكم اللقطه التى هى مصداق من مصاديق مجهول المالك- و هو التصدق.

و لابد من دفع اللقطه- اذا اريد التصدق بها- الى خصوص الفقير لان المتبادر من مفهوم التصدق لزوم الفقر فى المتصدق عليه و لا أقلّ من الشك

۱- الظاهر ان كلمه «او» زائده.

۲- وسائل الشيعه ۱۷: ۳۵۲ الباب ۲ من أبواب اللقطه الحديث ۱۴

فی صـدقه بـدون ذلـک فیلزم الاخـذ بـالمتیقن لاصـاله الاشـتغال بعـد عـدم امکان التمسک بالاطلاق لأنه تمسک به فی الشـبهه المصداقیه، و هو غیر جائز.

و لابـد من کون الـدفع الی الغیر و عـدم الاکتفاء باحتساب الملتقط اللقطه صـدقه علی نفسه و ذلک لان ظاهر طلب التصدق فی مثل صحیحه ابراهیم بن عمر المتقدمه هو المغایره و انه تصدق علی الغیر.

و اما جواز التملک مع الضـمان علی قول المصـنف فقد یسـتدل له بصـحیحه الحلبی عن ابی عبد اللّه علیه السّلام: «اللقطه یجدها الرجل و یأخذها قال: یعرفها سـنه فان جاء لها طالب و الّا فهی کسبیل ماله»(۱) الّا انها لا تدل علی الضـمان، و من هنا نحتاج الی ما یدل علی ذلک. و قد یسـتدل علیه بروایه حنان: «سأل رجل ابا عبد اللّه علیه السّلام و انا اسمع عن اللقطه فقال: تعرّفها سنه فان وجـدت صاحبها و الّا فانت احق بها. و قال: هی کسبیل مالک, و قال: خیّره اذا جاءک بعد سـنه بین اجرها و بین ان تغرمها له اذا کنت اکلتها»(۲) و لکنها ضعیفه سنداً ب «ابی القاسم» فانه مهمل, و دلالهً لان الضمان فیها علق علی اکلها لا مجرد التملک.

و قد یسـتدل علی ذلک بالاولویه، بتقریب ان الضمان اذا کان ثابتا فی حاله التصدق فبالأولی یکون ثابتا فی حاله التملک. و فیه: ان الاولویه ممنوعه لانه بمجرد التملک لم یفعل شیئاً من تعدٍ او تفریط حتی یکون ضامنا .

۱- وسائل الشیعه ۱۷: ۳۴۹ الباب ۲ من أبواب اللقطه الحدیث ۱

۲- وسائل الشیعه ۱۷: ۳۵۰ الباب ۱۳ من أبواب اللقطه الحدیث ۷

و بصحیحه علی بن جعفر عن اخیه موسی بن جعفر علیه السّلام: «سألته عن رجل اصاب شاه فی الصحراء هل تحلّ له؟ قال: قال رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله: هی لک او لأخیک او للذئب فخذها و عرّفها حیث اصبتها، فان عرفت فردّها الی صاحبها، و ان لم تعرف فکلها و انت ضامن لها ان جاء صاحبها یطلب ثمنها ان تردها علیه»(۱) بناء علی التعدی من الضاله الی اللقطه و عدم فهم الخصوصیه لذلک. و فیه: ان الضمان علق علی اکلها لا تملکها, و الاقوی انه لا یضمنها مع التملک لعدم الموجب له اولاً و لاطلاق صحیح محمّد بن مسلم عن أحدهما علیهما السّلام المتقدم ففیه: «و إلّا فاجعلها فی عرض مالک یجری علیها ما یجری علی مالک إلی أن یجی ء لها طالب» و صحیح الحلبیّ الدال علی أنّها بعد التعریف کسبیل ماله، و أطلق فیهما و لم یقیّدا بالضّمان کما قیّد ما إذا تصدّق بها او اکلها.

و اما ابقاؤها امانه و لا ضمان علیه فیمکن استفاده جوازه من صحیحه الحلبی المتقدمه، فان جعل اللقطه کسبیل اموال الملتقط یدل بوضوح علی جواز الاحتفاظ بها من دون ضمان.

و اذا قلت: ان صحیحه علی بن جعفر الاخری: «و سألته عن الرجل یصیب اللقطه دراهم او ثوبا او دابه کیف یصنع؟ قال: یعرفها سنه، فان لم یعرف

۱- وسائل الشیعه ۱۷: ۳۶۵ الباب ۱۳ من أبواب اللقطه الحدیث ۷

صاحبها حفظها فی عرض ماله حتی یجی ء طالبها فیعطیها ایاه، و ان مات اوصی بها، فان اصابها شی ء فهو ضامن»(۱) قد دلت علی الضمان.

قلت: لا بدّ من حملها علی حاله التعدی او التفریط و الّا کانت ساقطه عن الاعتبار لهجران مضمونها لدی الاصحاب.

حکم ما لا یبقی

(و لو کان ممّا لا یبقی قوّمه علی نفسه)

و یشهد لذلک معتبر السّکونیّ، عن الصّادق (علیه السلام) أنّ أمیر المؤمنین (علیه السلام) سئل عن سفره وجدت فی الطّریق مطروحه کثیره لحمها و خبزها و بیضها و جبنها و فیها سکّین، فقال أمیر المؤمنین علیه السّلام: یقوّم ما فیها ثمّ یؤکل لأنّه یفسد و لیس له بقاء، فان جاء طالبها غرموا له الثمن- الخبر»(۲) و به افتی الفقیه(۳).

۱- وسائل الشیعه ۱۷: ۳۵۲ الباب ۲ من أبواب اللقطه الحدیث ۱۳

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۲۹۷ ح۲

۳- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۲۹۷

(أو دفعه الى الحاكم) لانه ولى الغائب فى الحفظ بل قد يقال بوجوب القبول عليه لأنه معدّ لمصالح المسلمين(۱) .

و اجيب: بان ولايه الحاكم مختصه بالمورد الذى لم يجعل الشارع فيه الولايه للغير فانه ولى من لا ولى له، و فى المقام قد جعلها للملتقط حيث جعل له الحق فى التصدق. نعم لا بأس بدفع اللقطه اليه ان تقبلها على ان تبقى امانه بيده و يستمر الملتقط بالتعريف طول السنه، و اذا انتهت و لم يجد المالك تخير بين الامور الثلاثه المتقدمه أو يوكل الامر فى ذلك الى الحاكم.

(و لو افتقر إبقاؤه إلى العلاج أصلحه الحاكم ببعضه) بحكم ولايته .

حصيله البحث:

لقطه غير الحرم: يحلّ منه دون الدّرهم من غير تعريفٍ، و ما عداه يتخيّر الواجد فيه بعد تعريفه حولًا بنفسه و بغيره بين الصّدقه و يضمنها و بين التّملّك و بين إبقائه أمانةً و لا يضمن فيهما، و لابد فى التصدق من ان يكون عن صاحبها, و حكم اللقطه التى لا يمكن تعريفها هو التصدق بها لا غير, و لابد من دفع اللقطه- اذا اريد التصدق بها- الى خصوص الفقير و لابد من كون الدفع الى الغير و عدم الاكتفاء باحتساب الملتقط اللقطه صدقةً على نفسه, و لو كان ممّا لا يبقى، قوّمه على نفسه أو دفعه إلى الحاكم و لا يجب على الحاكم القبول، و لو افتقر بقاؤه إلى علاجٍ أصلحه الحاكم ببعضه.

۱- جواهر الكلام ۳۸: ۳۶۸

حکم التقاط الإداوه و النعل و المخصره

(و یکره) عند المصنف (التقاط الإداوه) بالکسر, فی الصّحاح الإداوه المطهره و هی إناء یتطهر به (و النعل و المخصره) بالکسر, فی الصّحاح المخصره کالسّوط و قال الجوهری: هی کل ما اختصره الإنسان بیده فأمسکه من عصا، و نحوها (و العصا) و هی علی ما ذکره الجوهری أخص من المخصره و علی المتعارف غیرها (و الشظاظ) بالکسر الشظاظ العود الذی یدخل فی عروه الجوالق(۱) لیجمع بینهما عند حملها علی البعیر, و الجمع أشظه (و الحبل و الوتد) بکسر وسطه (و العقال) بالکسر و هو حبل یشد به قائمه البعیر.

لکن المفید خص الکراهه فی الثلاثه الأولی ممّا قیمته أقلّ من درهم دون الأخیره فقال فی المقنعه: «و لا بأس أن ینتفع الإنسان بما یجده ممّا لم یبلغ قیمته درهما و لا یعرّفه و یکره أخذ السّوط و الإداوه و الحذاء و ینبغی لمن وجد شیئا من هذه الأشیاء الثلاثه أن یترکه لیرجع صاحبه إلیه فربما طلبه فیؤدّیه فقده إلی الهلاک لانّ الإداوه تحفظ ما یقوم به الرّمق من الماء، و الحذاء یحفظ رجل الماشی من الزمانه، و السّوط یسیّر البعیر» .

و حرّم الثلاثه الاولی الحلبیّ حملا للنهی الاتی علی الحرمه و هو ظاهر الدّیلمیّ، و قال علیّ بن بابویه: «و إن وجدت إداوه أو نعلا أو سوطا فلا تأخذه و إن وجدت مسلّه أو مخیطا أو سیرا فخذه و انتفع به»، و قال

۱- الجوالق بکسر الجیم و کسر اللام. جمعه جوالیق؛ و هو العدل المعمول من الصوف، أو الشعر، أو القطن و هو فارسی معرب أصله: جولخ.

الإسكافیّ «و ما لا مقدار لقیمته کالوتد و العقال و الشظاظ فلا بأس لذی الحاجه إلیه»(۱).

و یشهد للکراهه او الحرمه فی الثلاثه الأولی صحیح داود «و سأله- أی الصّادق علیه السّلام- داود بن أبی یزید عن الإداوه و النّعلین و السّوط یجده الرجل فی الطریق أ ینتفع به؟ قال: لا یمسّه»(۲), و خبر عبد الرّحمن بن أبی عبد اللّه قال: «سألت أبا عبد اللّه (علیه السلام) عن النعلین و الإداوه و السّوط یجدها الرجل فی الطریق أ ینتفع بها؟ قال: لا یمسّه»(۳).

و یدلّ علی الرخصه فی الأخیره صحیح حریز، عن الصّادق علیه السّلام: لا بأس بلقطه العصا و الشّظاظ و الوتد و الحبل و العقال و أشباهه، قال: و قال أبو جعفر علیه السّلام: لیس لهذا طالب»(۴).

اقول: الذی فهمه المصنف مما تقدم من النصوص هو کراهه اخذ ما دون الدرهم مما تقدم ذکره لانه مما تکثر منفعته فحمل فیها النهی علی الکراهه و حمله الحلبی علی الحرمه, الّا ان المفهوم مما تقدم من النصوص هو حرمه تملک الثلاثه الاولی لانها لها طالب و لم یعرض عنها اصحابها دون الاخیره لانها لیس لها طالب کنایه عن اعراض اصحابها عنه و ان کانت قیمتها درهما فما زاد, و علیه فموضوع النصوص هو ما کانت قیمتها درهما

۱- النجعه ج ۱۰ کتاب اللقطه

۲- من لا یحضره الفقیه ج ۳ ص ۲۹۵ باب اللقطه و الضاله

۳- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان) ج ۶ ص ۳۹۴ باب ۹۴ اللقطه و الضاله

۴- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۵ ص ۱۴۰ باب اللقطه و الضاله

فما زاد و اما ما كانت قيمتها اقل من درهم فخارجه عنها و يجوز تملكها كما تقدم .

حصيله البحث:

يحرم تملك الإداوه و النّعل و المخصره مما لم يعرض اصحابها عنها دون العصا و الشّظاظ و الحبل و الوتد و العقال لانها ليس لها طالب.

كراهه أخذ اللّقطه خصوصا من الفاسق

(و يكره أخذ اللّقطه)

و تتأكّد الكراهه فى لقطه الحرم ويشهد لذلك مضافا لما تقدم موثق فضيل بن يسار، عن الباقر عليه السّلام: «سألته عن لقطه الحرم، فقال: لا تمسّ أبدا حتّى يجى ء صاحبها فيأخذها- الخبر»(۱).

و أمّا كراهته فى مطلقها فتشهد له النصوص المستفيضه منها صحيح محمّد بن مسلم، عن الباقر عليه السّلام: «سألته عن اللّقطه، فقال: لا ترفعها و إذا ابتليت بها فعرّفها سنه- الخبر»(۲).

(خصوصا من الفاسق و المعسر)

ص:۲۶۷

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ۵ ص ۴۲۱ باب ۲۶من زيادات فقه الحج .

۲- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۵ ص ۱۳۹ باب اللقطه و الضاله .

و علـل الأـول بـانه ليس أهلاـ لحفـظ مـال الغير بغير إذنه، و الثـانى بانه يضـر بحال المالك إذا ظهر و قـد تملك، و إنما جاز مع ذلـك، لأـن اللقطه فى معنى الاكتسـاب، لا استئمان محض(۱). و فيه: انه مجرد اسـتحسان قبـال اطلاـق مـا دل على الجواز, و اما كونها فى معنى الاكتساب فدعوى بلا دليل بل الدليل على العكس من حرمه التصرف فى مال الغير .

نعم يشـهد للكراهه فى الفاسق معتبر فضيل بن يسار، عنه عليه السّلام: «سألته عن الرّجل يجد اللّقطه فى الحرم قال: لا يمسّها و أمّا أنت فلا بأس لأنّك تعرّفها»(۲).

و أمّا المعسـر فقد يستدل له بخبر سعيد بن عمرو الجعفىّ «قال: خرجت إلى مكّه و أنا من أشدّ الناس حالا فشكوت إلى أبى عبد اللّه (عليه السـلام) فلمّا خرجت من عنده وجدت على بابه كيسا فيه سـبعمائه دينار فرجعت إليه من فورى ذلك فأخبرته، فقال: يا سعيـد اتّق اللّه عزّ و جلّ و عرّفه فى المشاهد و كنت رجوت أن يرخّص لى فيه فخرجت و أنا مغتمّ فأتيت منى فتنحّيت عن النّاس حتّى أتيت الماورقه فنزلت فى بيت متنحّيا عن النّاس، ثمّ قلت: من يعرف الكيس؟ قال: «فأوّل صوت صوّته فاذا رجل على رأسى يقول أنا صاحب الكيس قال: فقلت فى نفسى، أنت فلا كنت، قلت: ما علامه الكيس

۱- الروضه البهيه فى شرح اللمعه الدمشقيه (ط - كلانتر)، ج ۷، ص: ۱۰۶

۲- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۴ ص ۲۳۹ باب لقطه الحرم

فأخبرنی بعلامته فدفعته إلیه فتنحّی ناحیه فعدّها فاذا الدّنانیر علی حالها ثمّ عدّ منها سبعین دینارا، فقال: خذها حلالا خیر من سبعمائه حراما فأخذتها، ثمّ دخلت علی أبی عبد اللّه (علیه السلام) فأخبرته کیف تنحّیت و کیف صنعت، فقال: أمّا إنّک حین شکوت إلیّ أمرنا لک بثلاثین دینارا، یا جاریه هاتیها فأخذتها و أنا من أحسن قومی حالا»(۱). و فیه: انه لا دلاله فیه علی ذلک .

(و مع اجتماعهما تزید الکراهه)

عند المصنف لزیاده سببها, و فیه: ما عرفت من عدمها فی المعسر .

و هل یستحب الاشهاد علیها؟

(و لیشهد علیها مستحبّا) و علل بکونه تنزیها لنفسه عن الطمع فیها، و منعا لوارثه من التصرف لو مات، و غرمائه لو فلس . و فیه: ان ذلک لا یکفی فی الاستحباب الشرعی .

(و یعرّف الشهود بعض الأوصاف)

و هو أیضا نوع من التعریف, لا جمیعها حذرا من شیاع خبرها فیطلع علیها من لا یستحقها فیدعیها و یذکر الوصف.

(و الملتقط من له أهلیه الاکتساب)

۱- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۵ ص ۱۳۸ باب اللقطه و الضاله

قال الشهيد الثانی: و إن كان غير مكلف أو مملوكا. قلت: قد تقدم الكلام فيه فی شرائط الملتقط و انه لو التقط غير البالغ او غير العاقل او المملوک بلا اذن من الولی او المالک فان شاء الولی او المالک امضاءه فهو و الّا فلا لمحجوريتهم عن التصرفات فلا اثر لتصرفاتهم حتی تترتب عليها احكام اللقطه. و بعدم الجواز فی التقاط المملوک أفتی الإسكافی، و إنّما أفتی المبسوط بجواز التقاطه و الأصل فيه بعض العامّه(۱).

(و يحفظ الولی ما التقطه الصبی و كذا المجنون) عند المصنف و المختار ان لقطتهما كالعدم نعم لو تقبلها صار هو الملتقط لا هما و عليه وظيفته و لا علاقه لهما باللقطه .

و جوب تعريف اللقطه حولا

(و يجب تعريفها حولا) كما تقدم (و لو متفرّقا)

يعنی أن الملتقط يعرف اللقطه فی ضمن الحول و لو كان التعريف متفرقا أی يعرف يوما، ثم يترک، ثم يعرف، ثم يترک أياما، ثم يعرف , لا أنه يعرف سنه كامله متواليه الأيام و الأسابيع و الأشهر، بل الغايه التعريف حولا كاملا و لو حصل التعريف متفرقا.

و وجوب التعريف ثابت (سواء نوی التملّک أولا) لإطلاق الأمر به الشامل للقسمين، قيل: خلافا للشيخ حيث شرط فی وجوبه نيّه التملّک فلو نوی

۱- النجعه ج ۱۰ كتاب اللقطه

الحفظ لم يجب(۱). و فيه: ان وجوب التعريف إجماعیّ و لم يقل أحد بعدم وجوبه إذا نوی الحفظ، و إنّما الخلاف أنّه بعد تعريف السّنه هل يصير ملکه بلا اختيار، أم يشترط قصده؟ وسيأتی البحث عنه فی اخر کتاب اللقطه.

حصيله البحث:

يکره أخذ اللّقطه خصوصاً من الفاسق دون المعسر، و لا يستحب الاشهاد عليها و يعرّف الشّهود بعض الأوصاف, و لو التقط غير البالغ او غير العاقل او المملوک بلا اذن من الولی او المالک فان شاء الولی او المالک امضاءه فهو و الّا فلا لمحجوريتهم عن التصرفات فلا اثر لتصرفاتهم حتی تترتب عليها احکام اللقطه، و يجب تعريفها حولًا و لو متفرّقاً سواءٌ نوی التّملّک أم لا, و لا يتوقف دخولها فی الملک بعد التعريف سنه علی قصد التملک بل تدخل فی الملک ولو لم يقصد تملکها.

اللقطه امانه ما لم يحصل الموجب للضمان

(و هی أمانه فی الحول و بعده) اذا لم يحصل الموجب للضمان (ما لم ينو التملّک فيضمن)

ص:۲۷۱

۱- الروضه البهيه فی شرح اللمعه الدمشقيه (ط - کلانتر)، ج ۷، ص: ۱۱۰

و قد تقدم الاستدلال له بالاولويه، بتقريب ان الضمان اذا كان ثابتا فی حاله التصدق فبالأولی یکون ثابتا فی حاله التملک. و فیه: ان الاولویه ممنوعه لانه بمجرد التملک لم یفعل شیئاً من تعدٍ او تفریط حتی یکون ضامنا .

و بصحیحه علی بن جعفر عن اخیه موسی بن جعفر علیه السّلام: «سألته عن رجل اصاب شاه فی الصحراء هل تحلّ له؟ قال: قال رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله: هی لک او لأخیک او للذئب فخذها و عرّفها حیث اصبتها، فان عرفت فردّها الی صاحبها، و ان لم تعرف فکلها و انت ضامن لها ان جاء صاحبها یطلب ثمنها ان تردها علیه»(۱) بناء علی التعدی من الضاله الی اللقطه و عدم فهم الخصوصیه لذلک. و فیه: ان الضمان علق علی اکلها لا تملکها, و الاقوی انه لا یضمنها مع التملک لعدم الموجب له اولاً و لاطلاق صحیح محمّد بن مسلم عن أحدهما علیهما السّلام المتقدم ففیه: «و إلّا فاجعلها فی عرض مالک یجری علیها ما یجری علی مالک إلی أن یجی ء لها طالب» و صحیح الحلبیّ الدال علی أنّها بعد التعریف کسبیل ماله، و أطلق فیهما و لم یقیّدا بالضّمان کما قیّد ما إذا تصدّق بها او اکلها.

و من موجبات الضمان عدم تعریفها فی الحول و لو لم ینو التملّک و ذلک لصحیح صفوان الجمّال عن الصّادق (علیه السلام) «من وجد ضالّه فلم یعرّفها، ثمّ

۱- وسائل الشیعه ۱۷: ۳۶۵ الباب ۱۳ من أبواب اللقطه الحدیث ۷

وجدت عنده فإنّها لربّها و مثلها من مال الذی کتمها»(۱) و دلالتها علی الضمان لو لم یعرّف واضحه .

و أمّا بعد الحول فلا یضمن مع التعریف إلّا بإهلاکها أو التصدّق بها.

أمّا إهلاکها أو التصدّق بها فیدلّ علی الضمان فیهما أخبار کثیره کما تقدم الکلام فیه .

حصیله البحث:

اللقطه أمانهٌ فی الحول و بعد الحول فلا ضـمان علیه و لو نوی التّملّک, نعم من موجبات الضمان عدم تعریفها فی الحول و لو لم ینو التملّک للنص, و أمّا بعد الحول فلا یضمن مع التعریف إلّا بالتعدی أو التصدّق بها.

حکم التقاط العبد علی مبنی المصنف

(و لو التقط العبـد) علی مبنی المصـنف من جواز التقاطه و قـد تقدم الاشـکال فیه و انه لا یصح لو لم یمضه السـید فعلی المختار فالتقـاطه لا حکم له, و علی قول المصـنف (عرّف بنفسه، أو بنائبه) کالحر (فلو أتلفها) قبل التعریف: أو بعـده (ضـمن بعـد عتقه) کما یضمن غیر اللقطه من أموال الغیر التی یتصرف فیها من غیر إذنه (و لا یجب علی المالک انتزاعها منه) قبل

۱- الکافی (ط - الإسـلامیه) ج ۵ ص ۱۴۱؛ و الفقیه، ج ۳، ص: ۲۹۴، والتهذیب ج ۶ ص ۳۹۳ ح ۲۰ ؛ و فیه: «أو مثلها» بدل «و مثلها» .

التعريف و بعده بناءً على صحه التقاطه (و إن لم يكن) العبد (أمينا) لأصاله البراءه من وجوب حفظ مال الغير لعدم كون مالك العبد مسؤولا عن لقطه عبده لان الفرض صحه التقاطه, و عليه فلا وجه للقول بالضمان لتعديه بتركها فى يد غير الأمين، اذ لا تعدى لعدم كونه مسؤولا عنها حسب الفرض.

(و يجوز للمولى التملّك بتعريف العبد)

مع علم المولى بالتعريف على قول المصنف لانه يكون من قبيل اكتساب العبد و للمولى تملكه, و لا يصح على المختار كما تقدم.

ثمّ العبد لو فرّط فى حفظها يكون المولى ضامنا اذا اقره المولى عليها، و قد صرّح الإسكافى بأن ليس للعبد أخذ اللّقطه فإن أخذها و أقرّها السيّد مع علمه و أتلفها العبد كان فى رقبه السيّد، و مع عدم علمه فى رقبه العبد.

حصيله البحث:

و ليس للعبد أخذ اللّقطه فإن أخذها و أقرّها السيّد و أتلفها العبد كان فى رقبه السيّد، و مع عدم علم السيد بها يكون تلفها فى رقبه العبد، و لا يجوز للمولى التّملّك بتعريف العبد اذا لم يقره عليها ابتداءً.

و لا تدفع إلّا بالبيّنه لا بالأوصاف الموجبه للظن

(و لا تدفع) وجوبا بل لا يجوز دفعها لانه من مصاديق التعدى والتفريط بها المنافى لوجوب حفظها (إلّا بالبيّنه) لعموم حجيه البينه (لا بالأوصاف) ان لم

ص:٢٧٤

توجب العلم (و ان خفيت) لعدم حجيه الظن (نعم يجوز الدفع بها) عند المصنف ففرق بين وجوب دفعها و جوازه على مبنى حجيه الظن و قيامه مقام العلم عند تعذر العلم . و فيه: عدم صحه هذا المبنى و ان اللازم منه هو وجوب الدفع لا جوازه و قد يستدل بجواز الاكتفاء بالظن بخبر سعيد بن عمرو الجعفىّ، عن الصّادق عليه السّلام و فيه: «قلت: ما علامه الكيس؟ فأخبرنى بعلامته فدفعته إليه فتنحّى ناحيه فعدّها فاذا الدنانير على حالها- الخبر»(1). و فيه: ان الغالب من ذكر الاوصاف الخفيه هو حصول العلم العرفى من الاطمئنان و الوثوق بصدق المدعى و هو غير المدعى من حجيه الظن .

و على مبنى المصنف من جواز دفعها بالوصف الموجب للظن لا وجوبه (فلو أقام غيره) أى غير الواصف (بها بينه) بعد دفعها إلى الواصف (استعيدت منه) لأن البينه حجه شرعيه بالملك، و الدفع بالوصف إنما كان رخصه و بناء على الظاهر (فإن تعذر) انتزاعها من الواصف (ضمن الدافع) لذى البينه (و رجع) الغارم (على القابض) بما غرمه, و علل بان التلف فى يده و لأنه عادٍ إلّا أن يعترف الدافع له بالملك فلا يرجع لو رجع عليه لاعترافه بكون الأخذ منه ظلما.

و فيه: انه لو جاز دفعها بامر من الشرع المقدس كان الضمان ضررا عليه فينفى بقاعده لا ضرر على المشهور من انها بمعنى نفى الحكم الضررى, مضافا الى ان تلفها بيد الواصف لا يوجب جواز رجوع الدافع اليه لعدم كونه من موجبات الضمان الّا اذا كان كاذبا و هو غير معلوم و بذلك يظهر

1- الكافى (ط - الإسلاميه) ج 5 ص 138 باب اللقطه و الضاله

عدم صحه نسبه الاعتداء اليه, هذا کله علی مبنی المصنف و اما علی المختار فلا یجوز الدفع بالاوصاف الموجبه للظن و لو دفع کان ضامنا لانه من مصادیق التعدی و التفریط بها و اما الدفع بالاوصاف الموجبه للوثوق عرفا فلا یوجب الضمان علی الدافع و لصاحب البینه ان یطالب الواصف بها.

حصیله البحث:

لا یجوز دفع اللقطه إلّا بالبیّنه لا بالأوصاف و إن خفیت ان لم توجب الوثوق بصدق المدعی لها و الّا وجب دفعها الیه، و لو أقام غیره بها بیّنهً استعیدت منه، و ضمنها الدّافع ان لم یمکن استعادتها هذا ان کان دفعها علی الاوصاف الموجبه للظن و لا یرجع الدافع علی القابض, و ان کانت الاوصاف المذکوره مما توجب الوثوق عرفا فلا ضمان علی الدافع و لصاحب البینه ان یطالب الواصف بها .

حکم الموجود فی مفازه او خربه أو مدفونا فی الأرض

(و الموجود فی المفازه) و هی البریه القفر(۱) و الجمع المفاوز قاله ابن الأثیر فی النهایه, و المراد منها الأرض الخالیه من الماء و الکلإ و الناس (و

ص:۲۷۶

۱- البریه: الصحراء ؛ جمعها: براری ؛ و القفر: الأرض الخالیه من الماء و الکلإ و الناس؛ جمعه: قفار بکسر القاف و قفور بضمها.

الخربه) التی باد أهلها (أو مدفونا فی أرض لا مالک لها) ظاهرا (یتملک من غیر تعریف)

اقول: اما المفازه فلخروجها عن موضوع أخبار اللّقطه لأنّها وارده فی العمران و علیه فلا یجب التعریف فی الموجود فیها و إن کثر .

و أمّا الموجود فی الخربه فاطلاق صحیح محمّد بن مسلم عن الباقر علیه السّلام: «سألته عن الدّار یوجد فیها الورق فقال: إن کانت معموره فیها أهلها فهو لهم و إن کانت خربه قد جلا عنها أهلها فالّذی وجد المال فهو أحقّ به»(۱) دال علی جواز تملکه بلا تعریف.

لکن یعارض اطلاقه موثق محمّد بن قیس، عن الباقر (علیه السلام) «قال: قضی علیّ (علیه السلام) فی رجل وجد ورقا فی خربه أنّ یعرفها فان وجد من یعرفها و إلّا تمتّع بها»(۲) الدال علی وجوب تعریفه اولا و القاعده تقضی بحمل المطلق علی المقید و علیه فیجوز تملکه بعد التعریف لا قبله . وفیه: أنّ المحتمل من وجدانها فی خربه کونه من الزمان السابق علی العصر الحاضر فتخرج عن موضوع اللقطه و تدخل تحت عنوان الموجود فی خربه و تصح النتیجه المتقدمه لکن من المحتمل ان الروایه موضوعها اللقطه التی تعرف سنه ثم تملک و لا دافع لهذا الاحتمال و علیه فالموثق مجمل ولا یصح الاستناد الیه فی ما نحن فیه و علیه فالاقوی عدم لزوم تعریفه .

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان) ج ۶ ص ۳۹۰ باب ۹۴ اللقطه و الضاله

۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان) ج ۶ ص ۳۹۸ ح۳۹

و أمّا المدفون فی أرض لا مالک لها فقد یستدل له بما فی صحیح إسحاق بن عمّار، عن الکاظم علیه السّلام: «سألته عن رجل نزل فی بعض بیوت مکّه فوجد فیها نحوا من سبعین درهما مدفونه فلم تزل معه و لم یذکرها حتّی قدم الکوفه کیف یصنع؟ قال: یسأل عنها أهل المنزل لعلّهم یعرفونها، قلت فان لم یعرفوها؟ قال: یتصدّق بها»(۱) و وجوب التصدق به لاجل کونه اخذ من الحرم فلا یشمل ما اخذ من غیر الحرم فعلیه یجوز تملکه بعد تعریفه. و فیه: ان مورد الصحیح هو بیوت مکه وحکمها هو حکم اللقطه و الکلام علی ما لا مالک له بحیث یخرج عن موضوع ادله اللقطه مما یحتمل کونه من الزمان السابق علی العصر الحاضر و علیه فاذا احتمل فی المدفون کونه من مال من باد اهله او جلا عن محله اهله جاز تملکه بلا تعریف لظهور صحیح محمّد بن مسلم المتقدم بذلک و لعله هو المراد من تقیید المصنف المأخوذ من المفازه والارض الخربه و المدفون بما (إذا لم یکن علیه أثر الإسلام) من الشهادتین، أو اسم سلطان من سلاطین الإسلام و نحوه تبعا للمبسوط فقال: «إذا کان علیه أثر الإسلام لقطه یعرّف و إذا لم یکن، هو کنز یعطی خمسه و الباقی له» و هذا القید و ان لم یذکره غیره من المتقدمین و لم یصرح به فی الاخبار الّا انه قریب من موضوع صحیح محمّد بن مسلم المتقدم حسب الفهم العرفی, فلعل المراد بما لم یکن علیه أثر الإسلام هو مال من باد اهله او جلا عن محله اهله الذی هو موضوع الصحیح.

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان) ج ۶ ص ۳۹۱ باب ۹۴ اللقطه و الضاله

(و إلّا) يكن كـذلك بـأن وجـد عليه أثر الإسـلام عنـد المصـنف او لم يكن من مـال من بـاد اهله او جلاـ عن محله اهله (وجب التعريف) و كان حكمه حكم اللقطه لدلاله الأثر على سبق يد المسلم فتستصحب على مختار المصنف و لخروجه عن موضوع صحيح ابن مسلم على المختار .

(و لو كـان للأرض مالك عرّفه) الواجـد لمالك الارض لتتضـح حقيقه الملقوط من كونه لقطه او خارج عنها (فان عرفه) مالك الارض اتضح كونه لقطه و (دفعه اليه و الّا) خرج عن كونه لقطه و عليه (فهو للواجد) و شمله اطلاق صحيح ابن مسلم المتقدم .

(و كذا لو وجده فى جوف دابه) تعتلف من مال المالك (عرّفها مالكها)

فان عرفه المالك فهو و إلّا فهو للواجد لصحيحه عبد اللّه بن جعفر «قال: كتبت إلى الرّجل أساله عن رجل اشترى جزورا أو بقره للأضاحى فلمّا ذبحها وجد فى جوفها صرّه فيها دراهم أو دنانير أو جوهره لمن يكون؟ قال: فوقّع عليه السّلام: عرّفها البائع فان لم يكن يعرفها فالشى ء لك رزقك اللّه إيّاه»(١), و به أفتى ابنا بابويه و كذا الشيخان و الديلمىّ و القاضى و ابن حمزه و الحلىّ لكن قالوا: «إن لم يعرفه البائع يخرج خمسه و الباقى له» .

و فيه: انه ليس من الكنز و لاـ من المعدن و لا من الغوص فلا يجب فيه الخمس و يكفينا سكوت الخبر عن عدم وجوب اخراج خمسه، و مثله فى الضعف تقييد الحلىّ له بتعريف السّنه فانه لا شاهد و لا وجه له و كذا تقييد

١- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ٥ ص ١٣٩ باب اللقطه و الضاله

العلامه له فی المختلف بعدم أثر الإسلام علیه و إلّا فیعرّف سنه فانه مناف لإطلاق الصحیح و لا شاهد له.

حکم ما یوجد فی جوف السمکه

(و امّا ما) یوجد (فی جوف السمکه فللواجد) لأنها إنما ملکت بالحیازه، و المحیز إنما قصد تملکها خاصه، لعدم علمه بما فی بطنها فلم یتوجه قصده إلیه بناء علی أن المباحات إنما تملک بالنیه و الحیازه معا کما هو الاقوی و بکونها للواجد بلا تعریف افتی الشیخ فقال: «لا یُعرّف بایع السّمکه الدّرّه و لم یرد بهذا خبر» و بذلک یظهر لک ضعف قول الحلیّ «بأنّه لا فرق بین الحیوان المذبوح و السّمکه إذا وجد فی جوفها شیئا فی أنّه یجب تعریفه للبائع» فالفرق أنّ ما فی بطن المذبوح من المحتمل کونه من بایعه، و أمّا السمک فما فی جوفه من الدره من البحر, و لم یرها الصیّاد حتّی یجیزها و یتملّکها .

(إلّا أن تکون) السمکه (محصوره فی ماء تعلف) فتکون کالدابه فیکون حکم ما وجد فی جوف هذه السمکه حکم ما یوجد فی جوف الدابه المملوکه فکما أنه یجب تعریف ما فی جوف الدابه کذلک یجب تعریف ما فی جوف السمکه المحصوره فی مثل هذا الماء، لاحتمال کون ما فی جوفها من مال المالک, و منه یظهر أن المراد بالدابه الأهلیه کما هو ظاهر الصحیحه، فلو کانت وحشیه لا تعتلف من مال المالک فکالسمکه.

حکم الموجود فی صندوقه مع مشارکه الغیر له و عدمه

(و الموجود فی صندوقه أو داره مع مشارکه الغیر له لقطه و لا معها حلّ)

کما فی صحیح جمیل بن صالح عن الصّادق علیه السّلام: «قلت له: رجل وجد فی منزله دینارا؟ قال: یدخل منزله غیره قلت: نعم کثیر، قال: هذا لقطه، قلت: فرجل وجد فی صندوقه دینارا؟ قال: یدخل أحد یده فی صندوقه غیره أو یضع غیره فیه شیئا؟ قلت: لا، قال: فهو له»(۱), هذا إذا لم یقطع بانتفائه عنه و إلّا کان لقطه کما هو معلوم.

(و لا یکفی التعریف حولا فی التملّک بل لا بدّ من النّیه)

ذهب إلی الثانی المبسوطان و تبعه الحلبیّ و ابن حمزه , و إلی الأوّل الحلّی و الباقون لیس لهم نصّ، و إنّما قالوا کالاخبار بعد تعریف السّنه یجوز له تصرّفه أو التصدّق به مع الضّمان فیهما لو وجد صاحبه بعد و لم یرض بالتصدّق, و یشهد لتوقف الملک علی القصد صحیح محمّد بن مسلم، عن أحدهما علیهما السّلام: سألته عن اللّقطه قال: لا ترفعوها فان ابتلیت بها فعرّفها سنه فان جاء طالبها و إلّا فاجعلها فی عرض مالک یجری علیها ما یجری علی مالک إلی أن یجی ء لها طالب»(۲) بتقریب ان الجعل فی قوله (علیه السلام) « فاجعلها فی عرض مالک» مما یتوقف علی القصد .

۱- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۵ ص ۱۳۷ باب اللقطه و الضاله

۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان) ج ۶ ص ۳۹۰ باب ۹۴ اللقطه و الضاله

و یحمل قوله (علیه السلام) «فهی کسبیل ماله» فی صحیح الحلبیّ، عنه (علیه السلام) «یعرّفها سنه فان جاء لها طالب و إلّا فهی کسبیل ماله»(۱) الظاهر علی دخولها فی الملک بلا قصد التملک, علی انه ان اراد ذلک یجعلها کسبیل ماله .

و فیه: ان صحیح أبی خدیجه المتقدم «...و إلّا کانت فی ماله فإن مات کان میراثا لولده و من ورثه فإن جاء طالبها بعد ذلک دفعوها إلیه»(۲) غیر قابل لهذا الحمل و ظاهر فی دخولها فی الملک و لو لم ینوِ التملک و علیه فالاقوی هو دخولها فی الملک و تکون ارثا و لو لم یقصد تملکها .

و الأصل فی المسأله العامّه ففی الخلاف: «إذا عرّفها سنه لا تدخل فی ملکه إلّا باختیاره بأن یقول: هذه قد اخترت ملکها، و للشافعیّ فیه أربعه أوجه: أحدها مثل ما قلنا، و الثانی أنّه بمضیّ السّنه علیه یملکها بغیر اختیاره، و الثالث بمجرّد القصد دون التصرّف، و الرابع بالقول و التّصرف- إلخ»(۳).

حصیله البحث:

و الموجود - فی المفازه و هی البریه القفر(۴) و المراد منها الأرض الخالیه من الماء و الکلإ و الناس, و الخربه التی باد أهلها , أو مدفونا فی أرض لا

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان) ج ۶ ص ۳۸۹ باب ۹۴ اللقطه و الضاله
۲- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۵ ص ۳۰۹ باب النوادر
۳- الخلاف فی ۱۰ من مسائل اللقطه
۴- البریه: الصحراء ؛ جمعها: براری ؛ و القفر: الأرض الخالیه من الماء و الکلإ و الناس؛ جمعه: قفار بکسر القاف و قفور بضمها.

مالـک لهـا ظـاهرا - يتملـک من غير تعريف و الضابـط هو کونه من مال من باد اهله او جلا عن محله اهله فاذا احتمل فيه ذلک جاز تملکه بلا تعريف و إلّا وجب تعريفه، و لو کان للأرض مالکٌ عرّفه فإن عرفه و إلّا فهو للواجـد، و کـذا لو وجـده فی جوف دابّةٍ عرّفه مالکها، و أمّا ما فی جوف السّـمکه فللواجد إلّا أن تکون محصورةً تعلف، و الموجود فی صـندوقه أو داره مع مشارکه الغير له لقطةٌ و لا معها حلّ، و يکفی التّعريف حولًا فی التّملّک و لو لم يقصده للنص.

حکم مجهول المالک

۱- عنوان اللقطه لا ـ يرادف عنوان مجهول المالـک اذ اللقطه فرد من افراد مجهول المالک و لا تصـدق عرفا الّا مع الضـياع. و قد رتب عليها شـرعا حکم خاص، و هو وجوب الفحص عن المالک لمده سـنه ثم مع عدم العثور عليه يتخير بين امور ثلاثه حسـبما تقدم حتی مع فرض عدم اليأس من العثور عليه، و هذا بخلاف عنوان مجهول المالک غير اللقطه فان الفحص عن مالکه لازم من دون تقيـد بمـده سـنه بل المدار علی اليأس منه، و مع تحققه لا يتخير بين الامور الثلاثه بل يتعين التصدق, هذا حسب ما تقتضـيه القاعده فی الفرق بين حکم اللقطه التی لها احکام خاصه و بين مجهول المالک الخارج عنها موضوعا.

و امـا ادله مجهول المال الخاصه فقـد دلت صـحيحه يونس بن عبـد الرحمن علی تعين التصـدق به بعـد اليأس عن صاحبه ففيها: «سئل ابو الحسن الرضا عليه السّلام و انا حاضر ... رفيق کان لنا بمکه فرحل منها الی منزله و رحلنا

الی منازلنا فلما ان صرنا فی الطریق اصبنا بعض متاعه معنا فای شی ء نصنع به؟ قال: تحملونه حتی تحملوه الی الکوفه. قال: لسنا نعرفه و لا نعرف بلده و لا نعرف کیف نصنع. قال: اذا کان کذا فبعه و تصدق بثمنه. قال له: علی من جعلت فداک؟ قال: علی اهل الولایه»(۱).

و دلت صحیحه معاویه بن وهب عن ابی عبد اللّه علیه السّلام وجوب الفحص عنه ففیها: «رجل کان له علی رجل حق ففقده و لا یدری أین یطلبه و لا یدری أحی هو أم میت و لا یعرف له وارثا و لا نسبا و لا ولدا. قال: اطلب. قال: فان ذلک قد طال فاتصدق به؟ قال: اطلبه»(۲) و هی بروایه الشیخ صحیحه السند(۳) فانه رواها عن یونس عن ابن ثابت و ابن عون و الظاهر ان ابن ثابت هو محمد بن ابی حمزه الثقه نعم بروایه الفقیه ضعیفه لان یونس رواها عن ابن عون الذی لم یوثق عن معاویه لکنها موثوق بها لان یونس من اصحاب الاجماع.

بل یمکن التمسک لإثبات وجوب الفحص فی مجهول المالک الی حد الیأس بقوله تعالی: {إِنَّ اللّٰهَ یَأْمُرُکُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمٰانٰاتِ إِلیٰ أَهْلِهٰا}(۴).

۱- وسائل الشیعه ۱۷: ۳۵۷ الباب ۷ من أبواب اللقطه الحدیث ۲

۲- وسائل الشیعه ۱۷: ۵۸۳ الباب ۶ من ابواب میراث الخنثی الحدیث ۲

۳- الإستبصار فیما اختلف من الأخبار ج ۴ ص ۱۹۶ باب ۱۱۴میراث المفقود

۴- النساء: ۵۸

و دل خبر حفص بن غیاث عن الصادق (علیه السلام) علی کون الفحص فی مجهول المالک سنه ففیه: (عن رجل من المسلمین أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعاً و اللص مسلم هل یرده علیه؟ قال (علیه السلام) لا یرده علیه فان امکنه ان یرده علی اصحابه فعل و الّا کان فی یدیه «یده - خ ل» بمنزله اللقطه یصیبها فیعرفها حولاً فان اصاب صاحبها و إلّا تصدق بها فان جاء صاحبها بعد ذلک خیر بین الاجر و الغرم فان اختار الاجر فله الاجر و ان اختار الغرم غرم له وکان الاجر له)(۱)و به افتی الصدوق فی المقنع و الفقیه هذا و سند الصدوق الی حفص بن غیاث صحیح الّا انه لم یروه عنه فی الفقیه بل رواه عن کتاب سلیمان بن داود المنقری عنه و سنده الیه ضعیف رواه عنه فی المقنع قائلاً: سأل حفص بن غیاث و لعله اخذ الخبر من کتابه فیکون فی عداد الموثق سنداً لکنه مجرد احتمال و کیف کان فلا- وثوق لنا به و علیه فلا- یجب تعریفه سنه بل یکفی حصول الیأس عن الظفر بصاحبه .

۲- و من مجهول المالک ما اذا کان المالک معلوما و تعذر الوصول الیه و کسب الاجازه منه فی تحدید کیفیه التصرف فحکمه حکم المال المجهول مالکه و ذلک باعتبار ان مورد الروایات السابقه هو معلوم المالک و انما تعدینا الی مجهول المالک لأجل الغاء الخصوصیه عرفا, و لابد من تعذر کسب الاجازه من المالک المعلوم و ذلک باعتبار انه لا یجوز التصرف فی

۱- المقنع طبع الهادی ص۳۸۲ و رواه الکافی مرسلًا ج/۵ ص۳۰۸ ح/۲۱ و فی الفقیه عن سلیمان بن داود المنقری عن حفص بن غیاث و سنده الیه ضیف ج/۳ ص۱۹۰ ح/۱ و رواه التهذیب ضعیفاً ایضاً ج/۶ ص۳۹۶ ح/۳۱ و الاستبصار ج/۳ ص۱۲۳ ح/۲ و رواه الوسائل ج/۱۷ ص۳۶۸ باب ۱۸ من اللقطه .

مال الغیر بدون طیب نفسه فاذا امکن کسب الاجازه فی تحدید کیفیه التصرف فلا یجوز من دونه.

و علیه فمن أخذ قلما او مسبحه او غیر ذلک من الغیر لقضاء حاجه له و لم یعرف ممن اخذ ذلک او کان یعرفه و لکن لا یعرف خبره فحکمه حکم مجهول المالک دون اللقطه.

و هکذا الحال فی من اودع بعض اثاث بیته فی دار شخص و سافر من دون ان یعرف خبره فانه یلزم تطبیق حکم مجهول المالک علیه دون اللقطه لعدم تحقق عنوان الضیاع فیها.

۳- قیل: و من خلال هذا یتضح الحال فی من تبدل حذاؤه او عباءته اشتباها فانه یجری فی مثل ذلک حکم مجهول المالک و لا یجوز التصرف الّا مع احراز رضا المالک. و فی جواز المقاصه اشکال و ذلک لان مستندها خاص بمورد التعمد و المفروض فی محل کلامنا هو الاشتباه فلاحظ صحیحه داود بن رزین: «قلت لأبی الحسن موسی علیه السّلام: انی اخالط السلطان فتکون عندی الجاریه فیأخذونها و الدابه الفارهه فیبعثون فیأخذونها ثم یقع لهم عندی المال فلی أن آخذه؟ قال: خذ مثل ذلک و لا تزد علیه»(۱). و فیه: ان مورد الصحیحه التعمد لکن لا خصوصیه له عرفا فان المفهوم منها هو ان للانسان ان یتدارک حقه ممن اخذه حتی و لو کان الاشتباه منه ابتداء لا من الغیر بعد اخذ الغیر ماله و تعذر الوصول الیه , کما علیه سیره العقلاء ایضا,

---

۱- وسائل الشیعه ۱۲: ۲۰۱ الباب ۸۳ من ابواب ما یکتسب به الحدیث ۱

و علی فرض اختصاص الصحیحه بمورد التعمد فالعلم حاصل برضا المالک قطعا .

حصیله البحث:

عنوان اللقطه لا- یرادف عنوان مجهول المالک و حکم اللقطه ما تقدم، فی حین ان حکم المال المجهول مالکه هو الفحص عنه الی حدّ الیأس- من دون تقید بمدّه سنه- فان تحقق تصدق به, و اذا کان المالک معلوما و تعذر الوصول الیه و کسب الاجازه منه فی تحدید کیفیه التصرف فحکمه حکم المال المجهول مالکه.

و علیه فمن أخذ قلما او مسبحه او غیر ذلک من الغیر لقضاء حاجه له و لم یعرف ممن اخذ ذلک او کان یعرفه و لکن لا یعرف خبره فحکمه حکم مجهول المالک دون اللقطه.

و هکذا الحال فی من اودع بعض اثاث بیته فی دار شخص و سافر من دون ان یعرف خبره فانه یلزم تطبیق حکم مجهول المالک علیه دون اللقطه لعدم تحقق عنوان الضیاع فیها.

و من خلال هذا یتضح الحال فی من تبدل حذاؤه او عباءته اشتباها فانه یجری فی مثل ذلک حکم مجهول المالک و لا یجوز التصرف الّا مع احراز رضا المالک. و الاقوی جواز المقاصه فیه بعد العلم باخذ الغیر ماله و تعذر الوصول الیه.

ص:۲۸۷

(كتاب احياء الموات)

ما المراد من الموات من الأرض

(و هو) اى الموات(۱) (ما لا ينتفع به لعطلته(۲) أو لاستئجامه(۳) أو لعدم الماء عنه أو لاستيلاء الماء عليه يتملّكه من أحياه) سواء فى ذلك المسلم و الكافر للعموم الاتى (مع غيبه الإمام (عليه السلام)

و الدليل على جواز تملكها فى زمان الغيبه بعد كونها للامام (عليه السلام) النصوص المستفيضه منها صحيح محمّد بن مسلم، عن الباقر عليه السّلام: «أيّما قوم أحيوا شيئا من الأرض و عمروها فهم أحقّ بها و هى لهم»(۴).

و صحيح زراره، عنه (عليه السلام) «عن النّبىّ صلّى اللّه عليه و آله من أحيا مواتا فهو له»(۵).

۱- مصدر مات يموت موتانا بمعنى خلو الأرض من العماره و السكان لا من مات يموت موتا بمعنى حلول الموت به.

۲- بضم العين، و سكون الطاء بمعنى البقاء بلا انتفاع.

۳- من استأجم أى تحول إلى أجم ؛ و الأجم: الأرض ذات الشجره الكثيره الملتف. و الأرض ذات القصب الكثير. و الأرض المسبعه بأن تكون مأوى السباع.

۴- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ۷ ص ۱۴۸ باب ۱۱ أحكام الأرضين

۵- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۵ ص ۲۷۹ باب فى إحياء أرض الموات

و لا فرق بين أن يكون قد سبق لها إحياء ثم ماتت، و بين موتها ابتداء على ما يقتضيه إطلاق عباره المصنف و لابد من قيد: مع إباده أهله بحيث لا يعرفون و لا بعضهم فلو عرف المحيى لم يصح إحياؤها, لتقيد الاطلاقات بما دل على ذلك مما تقدم .

و لا يعتبر فى تحقق موتها العارض ذهاب رسم العماره رأسا، بل ضابطه العطله و إن بقيت آثار الأنهار، و نحوها، لصدق الموات عرفا معها.

ثم ان الشيخ خالف فى كون الاحياء مولّدا للملك كما صار اليه مشهور الفقهاء تمسكا بظهور اللام فى قولهم عليهم السّلام: «من أحيا ارضا مواتا فهى له» فى افاده الملكيه, بل هو موجب لأولويته من غيره فى التصرف فيها فقال: «فاما الموات فانها لا تغنم و هى للإمام خاصه، فان احياها احد من المسلمين كان اولى بالتصرف فيها و يكون للإمام طسقها(1), و يوجه نظره (ره) بان اللام لا ظهور لها فى الملك فانها جاريه مجرى قول مالك الأرض للفلاحين عند تحريضهم على عماره الارض: من عمرها و حفر انهارها فهى له، فانه ليس المقصود انتقال العين الى الفلاح بل أحقيته من غيره و تقدمه على من سواه. و فيه: ان الظاهر من اللام هو ان تكون للتمليك بل لعله هو الاصل فيها و لا يصار الى غيره من الاحقيه و الاولويه الا بالقرينه كما فى المثال المذكور فان القرينه فيه فرض وجود المالك لها وانه لا معنى لقوله الّا الاولويه .

1- المبسوط 2: 29

و اما کون الاراضی المیته للإمام علیه السّلام فهو مما لا خلاف فیه سواء لم یجر علیها ملک مالک- کما فی الصحاری- او جری و لکنه لم یبق له وجود.

و قد دلت علی ذلک صحیحه حماد بن عیسی و هو من اصحاب الاجماع فلا یضر ارسالها عن بعض اصحابنا عن العبد الصالح علیه السّلام: «... و الانفال ... کل ارض میته لا رب لها ...»(۱).

و الروایات المعتبره بالارض الخربه، کصحیحه حفص بن البختری عن ابی عبد اللّه علیه السّلام: «الانفال ما لم یوجف علیه بخیل و لا رکاب او قوم صالحوا او قوم اعطوا بأیدیهم و کل ارض خربه و بطون الاودیه فهو لرسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله و هو للإمام من بعده یضعه حیث یشاء»(۲) و غیرها, و قد فهم الفقهاء من الأرض الخربه الأرض المیته .

و المعروف فی کلمات الفقهاء تقیید الارض بالمیته. و یمکن ان یقال بکون المدار علی عدم وجود مالک للأرض حتی لو کانت عامره، کالغابات و الجزر المشتمله علی الاشجار و الفواکه لموثقه اسحاق بن عمار: «سألت ابا عبد اللّه علیه السّلام عن الانفال فقال: هی القری التی قد خربت ... و کل ارض لا رب لها ...»(۳).

ص:۲۹۰

۱- وسائل الشیعه ۶: ۳۶۵ الباب ۱ من أبواب الأنفال الحدیث ۴

۲- وسائل الشیعه ۶: ۳۶۴ الباب ۱ من أبواب الأنفال الحدیث ۱

۳- وسائل الشیعه ۶: ۳۷۱ الباب ۱ من أبواب الأنفال الحدیث ۲۰

و صحیحه حماد المتقدمه و ان ورد فیها التقیید بالمیته الّا انه لا مفهوم لها لورودها مورد الغالب.

و من خلال هـذا یتضـح ان الارض اذا لم یکن لها مالک فهی للإمام علیه السّلام سواء کانت میته او عامره، و اذا کان لها مالک فلیست کذلک سواء کانت میته او عامره، فان الارض ما دام لها مالک فمجرد موتها و خرابها لا یستوجب خروجها عن ملکه.

و بعض النصوص و ان کانت مطلقه و تعدّ کل ارض خربه جزءا من الانفال من دون تقیید بعدم وجود رب لها کما فی صـحیحه حفص بن البختری المتقـدمه و غیرهـا الّـا انه بقرینه الروایات الاخری لا بـدّ من تقییـدها بـذلک، فلاحظ موثقه اسحاق بن عمار المتقـدمه، حیث ورد فیهـا: «سـألت ابـا عبـد اللّه علیه السّلام عن الانفال فقال: هی القری التی قـد خربت و انجلی اهلها ... و کل ارض لا رب لها ...»، فلو کان الخراب وحده کافیا لصـیروره الشی ء من الانفال فلا داعی الی التقیید بالانجلاء او عدم وجود رب لها.

(و الّا) لو کان الامام (علیه السلام) حاضراً (افتقر إلی اذنه)

بحکم ولایته و انها له (علیه السـلام) و یشـهد له صـحیح ابن محبوب و هو من اصحاب الاجماع عن هشام بن سالم الثقه عن أبی خالـد الکـابلیّ «عن البـاقر (علیه السـلام) وجـدنا فی کتـاب علیّ (علیه السـلام) أنّ الأرض للّه یورثها من یشاء من عباده و العاقبه للمتّقین أنا و أهل بیتی الذین أورثنا و نحن المتّقون و الأرض کلّها لنا فمن أحیا أرضا من المسـلمین فلیعمّرها و لیؤدّ خراجها إلی الامام من

ص:۲۹۱

أهل بیتی- إلی- و له ما أكل حتّی یظهر القائم (علیه السلام) من أهل بیتی بالسّیف فیحویها و یمنعها و یخرجهم منها كما حواها رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله و منعها إلّا ما كان فی أیدی شیعتنا یقاطعهم علی ما فی أیدیهم و یترک الأرض فی أیدیهم»(۱).

حصیله البحث:

الموات من الارض هو ما لا ینتفع به لعطلته أو لاستئجامه أو لعدم الماء عنه أو لاستیلاء الماء علیه و یتملّكه من أحیاه سواء كان مسلما ام كافرا مع غیبه الإمام و إلّا افتقر إلی إذنه.

ما لا یجوز إحیاؤه للتملک

(و لا- یجوز احیاء العامر) و ذلك لانه منتف موضوعا فالعامر لیس بموات حتّی یحیی ففی المغرب: الموات الأرض الخراب و خلافه العامر.

(و) كذلك (توابعه) كالطریق و النهر و شبهه المعد لمصالح العامر مما هو حریمه .

(و لا المفتوحه عنوه إذ عامرها) حال الفتح (للمسلمین) قاطبه بمعنی أن حاصلها یصرف فی مصالحهم لا تصرفهم فیها كیف اتفق كما سیأتی (و غامرها) و هی خلاف العامر (للإمام (علیه السلام)

۱- الكافی (ط - الإسلامیه) ج ۱ ص ۴۰۷ باب أن الأرض كلها للإمام (علیه السلام) .

أمّـِا عامرها فلا يصـدق فيه إحياؤه، و أمّا غامرها فلا يصـح إحياؤه بغير إذنه مع حضوره لانها له كما تقـدم، نعم مع غيبته فيملكها المحيى لعموم الأخبار المتقدّمه.

و يرجع الآن فى المحيا منها و الميت فى تلك الحال إلى القرائن الموجبه للعلم و الوثوق, و منها ضـرب الخراج و المقاسمه، فإن انتفت فالأصل يقتضى عدم العماره فيحكم لمن بيده منها شى ء بالملك لو ادعاه .

هـذا و الاـرض المفتوحه عنوه هى لجميع المسـلمين, الحاضـرين و الغـائبين و المتجـددين بعـد ذلـك و لا تختص بالمقاتلين بلا خلاف عندنا و ان نسب الى بعض العامه اختصاص الغانمين بها كغيرها من الغنائم(۱).

و يدل على ذلك صحيح الحلبى: «سئل ابو عبد اللّه عليه السّلام عن السواد(۲) ما منزلته؟ فقال: هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم و لمن يدخل فى الإسلام بعد اليوم و لمن لم يخلق بعد. فقلت: الشراء من الدهاقين(۳)، قال: لا

۱- جواهر الكلام ۲۱: ۱۵۷

۲- اى ارض العراق المفتوحه عنوه فى عصر الخليفه الثانى.

۳- الـدهقان بكسـر الـدال و ضـمها يطلق على رئيس القريه و التـاجر و من له مـال و عقـار. و هو اسم اعجمى مركب من (ده) و (قان).

يصلح الا ان تشرى منهم على ان يصيرها للمسلمين، فاذا شاء ولى الامر ان يأخذها أخذها ...»(۱) و غيره.

و قد يشكل بان السواد لم يفتح باذن الامام عليه السّلام فهو من الانفال لا للمسلمين، و الحكم المذكور فى الصحيحه بانه للمسلمين لا بدّ من حمله على الصدور للتقيه.

و فيه: ان من المقطوع به صدور الاذن منه عليه السّلام، فان الخليفه الثانى كان يستشير امير المؤمنين عليه السّلام فى ذلك. و فى مشاركه عمار فى تلك المعارك و تولى سلمان ولايه المدائن بل قبول الامام الحسن عليه السّلام التوجه الى محاربه يزدجرد دلاله واضحه على ذلك, و هنالك روايات كثيره تدل على ان الامير (عليه السلام) كان من وراء الفتوحات كما فى حديث الخصال عنه (عليه السلام) ففيه: «... إنّ القائم بعد صاحبه كان يشاورنى فى موارد الأمور فيصدرها عن أمرى و يناظرنى فى غوامضها فيمضيها عن رأيى»(۲) .

و لا وجه لحمل الصحيحه على التقيه و ان الحكم فى الصحيحه المتقدمه بكون ارض السواد للمسلمين بعد معلوميه اعتبار الاذن يدل بالالتزام على صدورها منه عليه السّلام, و الحمل على التقيه بعد امكان الافتراض المذكور لا وجه له.

ص:۲۹۴

۱- وسائل الشيعه ۱۲: ۲۷۴ الباب ۲۱ من ابواب عقد البيع الحديث ۴

۲- الخصال ج۲ ص۳۷۴

(و كذا كل ما) أى موات من الأرض (لم يجر عليه ملك المسلم) فإنه للإمام (عليه السلام) فلا يصح إحياؤه إلّا بإذنه مع حضوره و يباح فى غيبته .

و لو جرى عليه ملك مسلم فهو له و لوارثه بعده

(و لو جرى عليه ملك مسلم فهو له و لوارثه بعده)

لما تقدم من صحيح محمّد بن مسلم، عن الباقر عليه السّلام: «أيّما قوم أحيوا شيئا من الأرض و عمروها فهم أحقّ بها و هى لهم»(۱).

و صحيح زراره، عنه (عليه السلام) «عن النّبىّ صلّى اللّه عليه و آله من أحيا مواتا فهو له»(۲) وغيرهما.

(و لا ينتقل عنه بصيرورته مواتا)

لصحيح الحلبى «سألت أبا عبد اللّه (عليه السلام) عن الرّجل يأتى الأرض الخربه فيستخرجها و يجرى أنهارها و يعمرها و يزرعها ماذا عليه قال: عليه الصّدقه، قلت: فإن كان يعرف صاحبها؟ قال: فليؤدّ إليه حقّه»(۳) و مثله صحيح سليمان بن خالد(۴) و لأصاله بقاء الملك و خروجه يحتاج إلى سبب ناقل و هو محصور و ليس منه الخراب, كما قاله الشيخ فى المبسوط:

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ۷ ص ۱۴۸ باب ۱۱ أحكام الأرضين

۲- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۵ ص ۲۷۹ باب فى إحياء أرض الموات

۳- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ۷ ص ۲۰۱ باب ۱۹المزارعه

۴- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ۷ ص ۱۴۸

«الغامر الذی جری علیه ملک مسلم مثل قری المسلمین الّتی خربت و تعطّلت فإنّه ینظر فان کان صاحبه معیّنا فهو أحقّ بها و هو فی معنی العامر و إن لم یکن معیّنا فإنّه یملک بالإحیاء لعموم الخبر و عند قوم لا یملک، ثمّ لا یخلو أن یکون لمالکها عقب أو لا عقب له فان کان له عقب فهی لهم و إن لم یکن له عقب فهی للإمام خاصّه».

و قیل: ان المحیی یملکها بعد صیرورتها مواتا و یبطل حق السابق، لعموم من أحیا أرضا میته فهی له المتقدم , و لصحیح معاویه بن وهب، عن الصّادق (علیه السلام) «أیّما رجل أتی خربه بائره فاستخرجها و کری أنهارها و عمّرها فان علیه فیها الصّدقه، و إن کانت أرض لرجل قبله فغاب عنها و ترکها فأخربها، ثم جاء بعد یطلبها فإنّ الأرض للّه و لمن عمرها»(۱) و غیرها.

و خصوص صحیح ابن محبوب و هو من اصحاب الاجماع عن هشام بن سالم الثقه عن أبی خالد الکابلی(۲)، عن الباقر علیه السّلام: «وجدنا فی کتاب علیّ (علیه السلام) أنّ الأرض للّه- إلی- فمن أحیا أرضا من المسلمین فلیعمرها و لیؤدّ خراجها إلی الإمام من أهل بیتی و له ما أکل منها، فان ترکها أو أخربها فأخذها رجل من المسلمین من بعده فعمرها و أحیاها فهو أحق بها من الذی ترکها فلیؤد خراجها إلی الإمام من أهل بیتی و له ما أکل حتی یظهر القائم من أهل بیتی - الخبر»(۳).

۱- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۵ ص ۲۷۹ باب فی إحیاء أرض الموات

۲- ابو خالد لم یوثق و ان ورد الخبر بمدحه لکنه ضعیف سندا و معارض بما ورد بذمه.

۳- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۱ ص ۴۰۷ باب أن الأرض کلها للإمام (علیه السلام) .

و فیه: اما العمومات فهی مخصصه بصحیح الحلبی و غیره مما تقدم, کما و ان صحیح معاویه بن وهب لا ینفی ملکیه المالک السابق فهو مجمل من هذه الجهه و محمول علی صحیحی الحلبی و ابن خالد .

و اما ما فی الصحیح عن الکابلی فلا یخلو من اجمال و قابل للحمل علی الاراضی الخراجیه التی هی ملک لکل المسلمین کما و انه لا یأبی الحمل علی من ترکها و اعرض عنها و علیه فلا یعارض صحیحی الحلبی و ابن خالد بل یحمل المجمل علی المبین, و علی فرض التعارض فالنسبه بینه و بینهما العموم و الخصوص المطلق فان الصحیحین یختصان بالارض التی لها مالک بخلافه فانه اعم من کون الارض لها مالک معرض عن ملکه ام غیر معرض او لا مالک لها او کون الارض خراجیه والقاعده تقتضی حمل المطلق علی المقید .

و الاشکال فیهما انهما خلاف مقتضی القاعده من أنها إن خرجت عن ملکه جاز إحیاؤها بغیر أجره و إلّا امتنع التصرف فیها بغیر إذنه مدفوع بانه اجتهاد قبال النص .

حصیله البحث:

و لا یجوز إحیاء العامر و توابعه کالطریق و النهر و شبهه المعد لمصالح العامر مما هو حریمه, و لا المفتوحه عنوه إذ عامرها حال الفتح للمسلمین قاطبه بمعنی أن حاصلها یصرف فی مصالحهم لا تصرفهم فیها کیف اتفق، و کذا کلّ ما لم یجر علیه ملکٌ لمسلمٍ و لو جری علیه ملک مسلمٍ فهو له و

ص:۲۹۷

لوارثه بعده، و لا ـ ينتقل عنه بصيرورته مواتاً, و يرجع الآن فی المحیا منها و المیت فی تلك الحال إلی القرائن الموجبه للعلم و الوثوق, و منها ضرب الخراج و المقاسمه، فإن انتفت فالأصل يقتضی عدم العماره فیحکم لمن بیده منها شی ء بالملك لو ادعاه .

و کلّ أرض أسلم علیها أهلها طوعا فهی لهم

(و کلّ أرض أسلم علیها أهلها طوعا فهی لهم و لیس علیهم فیها سوی الزکاه مع الشرائط)

کما فی موثق إسحاق بن عمّار، عن العبد الصّالح (علیه السلام) «قلت له: رجل من أهل نجران یکون له أرض ثمّ یسلم أیش علیه، ما صالحهم علیه النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله، أو ما علی المسلمین؟ قال: علیه ما علی المسلمین، إنّهم لو أسلموا لم یصالحهم النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله»(۱) بتقریب ان الامام قال (علیه السلام) « علیه ما علی المسلمین» یعنی ان ما بایدیهم من الارض لهم اذ لیس علی المسلمین سوی الزکاه مع الشرائط .

و اما ما فی موثق عبد الرحمن بن الحجّاج: «سألت أبا عبد اللّه (علیه السلام) عمّا اختلف فیه ابن أبی لیلی و ابن شبرمه فی السّواد و أرضه فقلت: إنّ ابن أبی لیلی قال: انّهم إذا أسلموا فهم أحرار و ما فی أیدیهم من أرضهم لهم، و أمّا ابن شبرمه فزعم أنّهم عبید و أنّ أرضهم الّتی بأیدیهم لیست لهم، فقال: فی الأرض ما قال ابن شبرمه و قال: فی الرّجال ما قال ابن أبی لیلی إنّهم إذا

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان) ج ۷ ص۱۵۵ باب ۱۱أحکام الأرضین

أسلموا فهم أحرار و مع هذا كلام لم أحفظه»(۱) فلا علاقه له بالارض التی اسلم علیها اهلها بل موضوعه ارض السواد و هی ارض العراق و قد فتحت عنوه کما قاله الشیخ فی الاستبصار .

و کل ارض ترک أهلها عمارتها فالمحیی أحق بها

(و کل ارض ترک أهلها عمارتها فالمحیی أحق بها و علیه طسقها(۲) لأربابها)

کما تقدم استنادا الی أصاله بقاء الملک و صحیح الحلبی «سألت أبا عبد اللّه (علیه السلام) عن الرّجل یأتی الأرض الخربه فیستخرجها و یجری أنهارها و یعمرها و یزرعها ماذا علیه قال: علیه الصّدقه، قلت: فإن کان یعرف صاحبها؟ قال: فلیؤدّ إلیه حقّه»(۳) و مثله صحیح سلیمان بن خالد(۴).

(و أرض الصلح الّتی بأیدی أهل الذّمّه لهم و علیهم الجزیه)

۱- الإستبصار فیما اختلف من الأخبار ج ۳ ص ۱۱۱ باب ۷۵ الذمی یکون له أرض فیسلم...
۲- الطسق: ما یوضع من الخراج المقرر علی الجُربان ... أو شِبْه ضریبه معلومه کما نقله الصاغانی عن الأزهری، و نص التَّهذیب: الطَّسق: شِبْه الخراج، له مقدار معلوم - تاج العروس ج۱۳ ص ۳۰۰ .
۳- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان) ج ۷ ص ۲۰۱ باب ۱۹ من المزارعه .
۴- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان) ج ۷ ص ۱۴۸

كما فی صحیح محمّد بن مسلم: «سألته عن الشراء من أرض الیهود و النصاری، فقال: لیس به بأس، و قد ظهر النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله علی أهل خیبر فخارجهم علی أن یترک الأرض فی أیدیهم، یعملون بها و یعمرونها، و ما بها بأس، و لو اشتریت منها شیئا- الخبر»(۱) .

و صحیح أبی بصیر، عن الصّادق علیه السّلام: «سألته عن شراء الأرضین من أهل الذّمّه، فقال: لا بأس بأن تشتری منهم إذا عملوها و أحیوها فهی لهم. و قد کان النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله حین ظهر علی خیبر و فیها الیهود خارجهم علی أمر و ترک الأرض فی أیدیهم یعملونها و یعمرونها»(۲).

(و یصرف الامام (علیه السلام) حاصل الأرض المفتوحه عنوه فی مصالح المسلمین) لصحیح الحلبی المتقدم ففیه: « فقال: هو لجمیع المسلمین، لمن هو الیوم و لمن یدخل فی الإسلام بعد و لمن لم یخلق بعد» و مقتضاه انه لا یقسم علیهم و الّا حَرُم من سیدخل فی الإسلام و من لم یخلق بعد و علیه فلا بد من بقائه لهم و هذا المعنی لا یکون الّا بصرف مصالحه لهم .

(و لا یجوز بیعها و لا هبتها و لا وقفها و لا نقلها)

کما فی ما تقدم من صحیح محمّد الحلبیّ، عن الصّادق علیه السّلام: «سئل عن السّواد ما منزلته؟ فقال: هو لجمیع المسلمین، لمن هو الیوم و لمن یدخل فی الإسلام بعد و لمن لم یخلق بعد، فقلنا: الشّراء من الدّهاقین؟ قال:

۱- من لا یحضره الفقیه ج ۳ ص ۲۴۰ باب إحیاء الموات و الأرضین

۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان) ج ۷ ص ۱۴۸ باب ۱۱ أحکام الأرضین

لا يصلح إلّا أنّ يشترى منهم على أن يصيّرها للمسلمين، فإن شاء ولىّ الأمر أن يأخذها أخذها، قلنا: فإن أخذها منه؟ قال: يردّ إليه رأس ماله، و له ما أكل من غلّتها بما عمل»(۱).

و صحيح أبى الرّبيع الشّامىّ، عنه (عليه السلام) قال: «لا تشتر من أرض السواد شيئا إلّا من كانت له ذمّه فإنّما هو فى ء للمسلمين»(۲) و الظاهر أنّ المراد بقوله: «إلّا من كانت له ذمّه» أى إلّا من عوهد و صولح على أن يكون أرضه له فيصحّ الشّراء منه لأنّ الأرض ملكه دون من لم تكن له ذمّه لكونها من مفتوحه عنوه الّتى لا يصحّ شراؤها، و قال الوافى: «يعنى إذا ضمنها للمسلمين» و هو كما ترى.

(و قيل) و القائل ابن ادريس (يجوز تبعا لآثار المتصرّف) فقال: إنما يباع و يوهب تحجيرنا و بناؤنا و تصرفنا لا نفس الأرض, و به قال المصنف فى كتاب البيع ايضاً. قلت: و لا ينافى قول المشهور المتقدم كما هو واضح .

هذا و يستمر الحكم ما دام شى ء من الأثر باقيا بمقتضى الاستصحاب، فإذا زال رجعت الأرض إلى حكمها الأول لانتفاء الموضوع كما هو واضح .

حصيله البحث:

و كلّ أرض أسلم عليها أهلها طوعاً فهى لهم و ليس عليهم فيها سوى الزّكاه مع الشّرائط, و كلّ أرضٍ ترك أهلها عمارتها فالمحيى أحقّ بها و

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ۷ ص ۱۴۷ باب ۱۱ أحكام الأرضين ح۱
۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ۷ ص ۱۴۷ باب ۱۱ أحكام الأرضين ح۲

علیه طسـقها لأربابها, و أرض الصّلح الّتی بأیدی أهل الذّمّه لهم، و علیهم الجزیه، و یصرف الإمام حاصل الأرض المفتوحه عنوهً فی مصالح المسلمین، و لا یجوز بیعها و لا هبتها و لا وقفها و لا نقلها نعم یجوز ذلک تبعاً لآثار المتصرّف.

شروط الإحیاء المملّک

(و شروط الإحیاء المملّک ستّه)

الاول: (انتفاء ید الغیر) بالشـروع بالاحیاء قبله لعدم جواز مزاحمه السابق لقاعده السـبق و هی و ان کان موردها السوق و المسجد لکنها لا اختصاص لها بهما و شامله للمقام بالاولویه .

(و) الثانی: (انتفاء ملک سابق) کما تقدم من أنّه معه یصحّ الأحیاء لکن لیس بمملّک لانّه یجب علیه أداء طسقه إلی مالکه .

(و) الثـالث: (انتفـاء کونه حریمـا لعـامر) لأـن مالـک العامر اسـتحق حریمه، لأنه من مرافقه و مما یتوقف کمال انتفاعه علیه کما سیأتی .

(و) الرابع: (انتفاء کونه مشعرا للعباده) و ذلک لانّه لا یصدق علیه الموات کالمسجد و عرفه و المشعر و منی.

و الخـامس: (أو مقطعـا) لأنّه انتقل إلی غیره بالمقطع، و فی المبسوط «کتب النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله لبلال بن الحارث المزنیّ: هذا ما أقطعه معادن القبلیّه جلسیها و غوریّها و حیثما یصلح للزّرع من قدس و لم یعطه حقّ

مسلم. و جلسيّها ما كان إلى ناحيه نجد و غوريّها ما كان إلى ناحيه الغور» و قال أيضا «أقطع النّبيّ الدّور بالمدينه، و أقطع وائل بن حجر أرضا بحضر موت، و أقطع الزّبير حضر فرسه فأجرى، فلمّا قام الفرس رمى بسوطه، فقال النّبيّ صلّى اللّه عليه و آله: أعطوه منتهى سوطه، و اقطع بلال بن الحارث- إلخ».

و السادس: (أو محجرا) كما قاله الشيخ فى المبسوط: «و إذا تحجّر صار أحقّ به من غيره» لأنّه من الشروع بالإحياء فيكون له حق الاسبقيه - بدليل قاعده السبق التى تقدم تقريب شمولها للمقام - و ان لم يبلغ حد الإحياء فإنه بالشروع يفيد أولويه لا يصح لغيره التخطى إليه إلّا أن يهمل الإتمام، فللحاكم حينئذ إلزامه به، أو رفع يده عنه، فإن امتنع إذن لغيره فى الإحياء، و إن اعتذر بشاغل أمهله مده يزول عذره فيها.

و قد يستدل لكون التحجير موجبا للاولويه بما روى عن النبى صلّى اللّه عليه و آله: «من احاط حائطا على أرض فهى له»(1).

و فيه: انه ضعيف السند، اذ روى فى عوالى اللآلى عن سمره بن جندب عن النبى صلّى اللّه عليه و آله، و السند الى سمره غير معلوم، و على تقدير العلم به فهو غير نافع لان حال سمره غير خاف على أحد.

١- عوالى اللآلى ٣: ٤٨٠ الحديث ٣

و ما روی عن النبی صلّی اللّه علیه و آله: «من سبق الی ما لا یسبقه الیه المسلم فهو احق به»(۱).

و فیه: ان السند ضعیف بالارسال نعم یصلحان للتأیید .

و النـاس و ان کـان لهم حق الاحیاء او التحجیر فی اراضـی الموات الا ان لولی المسـلمین المنع منهما بحکم ولایته فیما اذا کان ذلـک موجبـا للإخلال بالنظـام, لأنهما و ان جازا بالعنوان الاولی الّا ان فسـح المجال من هـذه الناحیه بـدون تحدیـد قـد یسـبّب الاخلال بالنظام فلولی الامر المنع منهما بالعنوان الثانوی لأنه المسؤول عن حفظ النظام.

و حول الفرق بین التحجیر و الإحیاء قال العلامه فی المختلف «الإحیاء عند الشـیخ مغایر للتحجیر فالإحیاء یختلف فللدّار الحائط و السّـقف، و للحظیره الحائط، و للمزرعه نصب المروز و سوق الماء إلیها، و التحجیر بنصب المرز و غیره کبناء الحائط فی الدار، و کان بعض فقهائنا المتأخّرین یسـمّی التحجیر إحیاء و لیس بجیّد، قال: و الإحیاء فی العرف ما ذکره الشـیخ» و الحاصل ان الاحیاء عرفا هو إیجاد شی ء فی الأرض یخرجها عن الموات, و التحجیر شروع به لکنه لم یبلغ حد الاحیاء .

حصیله البحث:

ص:۳۰۴

۱- عوالی اللآلی ۳: ۴۸۰ الحدیث ۴

شروط الإحياء المملّك ستةٌ: انتفاء يد الغير و انتفاء ملكٍ سابقٍ و انتفاء كونه حريماً لعامرٍ و كونه مشعراً للعباده أو مقطعاً أو محجّراً, و الناس و ان كان لهم حق الاحياء او التحجير فی اراضی الموات الّا ان لولی المسلمین المنع منهما بحکم ولایته فیما اذا کان ذلک موجبا للإخلال بالنظام .

حريم بعض الأملاک

(و حریم العین ألف ذراع فی الرّخوه و خمسمائه فی الصّلبه)

قال فی الجواهر: «فی محکی الخلاف علیه إجماع الفرقه و أخبارهم»(۱) قلت: لم یُذکر له مستند من طرقنا و التفصیل المذکور فی البئر لا فی العین کما سیأتی فی حریم القناه, و الذی ورد فی أخبارنا فی العین خمسمائه مطلقا کما فی معتبر السکونیّ، عن الصادق علیه السّلام، عن النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله- فی خبر- و بین العین إلی العین- یعنی القناه- خمسمائه ذراع- الخبر»(۲) و خبر مسمع بن عبد الملک، عن الصّادق علیه السّلام، عن النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله- فی خبر- و ما بین العین إلی العین خمسمائه ذراع- الخبر»(۳).

ص:۳۰۵

۱- جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۳۸، ص: ۴۴
۲- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۵ ص ۲۹۶ باب جامع فی حریم الحقوق
۳- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۵ ص ۲۹۵ باب جامع فی حریم الحقوق

و من المحتمل أن يكون استناد المشهور فى التفصيل فى العين إلى مرسله الإسكافىّ عن النّبىّ صلّى اللّه عليه و آله فقال: «و روى قضى النّبىّ صلّى اللّه عليه و آله أنّه يكون بين العينين فى الأرض الرخوه ألف ذراع فى العرض و فى الأرض الصلبه خمسمائه ذراع»(۱) و تكون شاهد جمع بين الخبرين المتقدمين و بين مرسل محمّد بن حفص عن الصادق (عليه السلام) ففيه: «و قال: يكون بين العينين ألف ذراع»(۲) بحمله على الرخوه و الأوّلين على الصلبه. و فيه: ان الروايه لم تثبت من طرقنا و لعل الاسكافى اخذها من العامه و الجمع المذكور تبرعىّ و مرسل ابن حفص ضعيف لا يعول عليه .

و الاقوى ارجاع هذه النصوص الى ما فيه الإضرار فيمتد الحريم الى ما لا يضر الثانى بالأول كما قاله الإسكافى «حد ذلك أن لا يضر الثانى بالأول»(۳) كما يشهد لذلك ما فى الصحيح عن محمّد بن الحسين قال: «كتبت إلى أبى محمّد (عليه السلام) رجل كانت له قناه فى قريه فأراد رجل أن يحفر قناه أخرى إلى قريه له كم يكون بينهما فى البعد حتّى لا يضرّ بالأخرى فى الأرض إذا كانت صلبه أو رخوه؟ فوقّع عليه السّلام: على حسب أن لا يضرّ إحداهما بالأخرى إن شاء اللّه»(۴) و رواه التهذيب صحيحا عن محمّد بن علىّ بن

۱- النجعه ج ۱۰ كتاب احياء الموات

۲- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۵ ص ۲۹۳ باب الضرار

۳- جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام، ج ۳۸، ص: ۴۴

۴- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۵ ص ۲۹۳ و فى بعض النسخ «محمّد بن الحسن» و المراد به الصفار؛ و اذا كان ابن الحسين فالمراد به ابن أبى الخطّاب .

محبوب(1) و قال الصدوق و روى عن محمد بن على بن محبوب قال: كتب رجل إلى الفقيه (عليه السلام) الخ(2) و كيف كان فهو موثوق به بل يكفى فى المقام عموم لا ضرر و لا ضرار .

و حريم بئر الناضح ستّون ذراعا

(و حريم بئر الناضح ستّون ذراعا و المعطن أربعون ذراعا)

فى النهايه: «النواضح: الإبل يستقى عليها، واحدها: ناضح» و «المعطن: مبرك الإبل حول الماء»، و فى الصحّاح: «و المعطن واحد الأعطان و المعاطن، و هى مبارك الإبل عند الماء لتشرب عللا بعد نهل فاذا استوفت ردّت إلى المراعى».

و يشهد لما فى المتن خبر مسمع بن عبد الملك، عن الصّادق عليه السّلام، عن النّبىّ صلّى اللّه عليه و آله ما بين بئر المعطن إلى بئر المعطن أربعون ذراعا و ما بين بئر الناضح إلى بئر الناضح ستّون ذراعا- الخبر»(3) و مثله ما فى

1- تهذيب الأحكام ؛ ج 7 ص 146 باب بيع الماء و المنع منه و الكلإ و حريم الحقوق

2- من لا يحضره الفقيه ج 3 ص 238 لكن فيه كما التهذيب بدل «إلى قريه له» «فوقه» و فيهما بدل «فى الأرض إذا كانت صلبه» «فى أرض إذا كانت صعبه» .

3- الكافى (ط - الإسلاميه) ج 5 ص 295 باب جامع فى حريم الحقوق

معتبر السكونىّ المتقدم(۱), و مثلهما نقل عن كتاب قضايا إبراهيم ابن هاشم بلفظ «و قضـى عليه السّـلام» و الظاهر أنّ مراده أمير المؤمنين عليه السّلام.

حريم بئر المعطن

و دلّا ايضاً على ان حريم بئر المعطن الى مثلها أربعون ذراعا.

و اما خبر وهب بن وهب، عن جعفر بن محمّد، عن أبيه عليهما السـلام أنّ على بن أبى طالب (عليه السلام) كان يقول حريم البئر العـاديّه خمسـون ذراعـا، إلّـا أن يكـون إلى عطن أو إلى طريـق فيكـون أقـلّ من ذلـك إلى خمسه و عشـرين ذراعـا»(۲) و رواه الحميرى عنه مع زياده فيه «و حريم البئر المحدثه خمسه و عشـرون ذراعا»(۳) فضعيف سندا و يرده صحيح حمّاد بن عثمان، عن الصادق (عليه السـلام) «حريم البئر العاديّه أربعون ذراعا حولها»(۴). و العاديّه فى مقابل المحـدثه, و خص عادا بالـذكر لأنها فى الزمن الأول كانت لها آبار فى الأرض فنسب إليها كل قديم .

ثمّ إنّ الإسـكافىّ قال فى الناضح: «و لو كان البلاد ممّا لا يسـقى فيها إلّا بالناضح كان حريم البئر قدر عمقها ممرا للناضح، و قال: «يحتمل فى

۱- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۵ ص ۲۹۶ باب جامع فى حريم الحقوق

۲- من لا يحضره الفقيه ج ۳ ص ۱۰۱ باب حكم الحريم

۳- قرب الإسناد (ط - الحديثه)، متن، ص: ۱۴۶ح۵۲۶

۴- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۵ ص ۲۹۶ باب جامع فى حريم الحقوق

الحدیث عن النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله «أنّ حریم الناضح ستّون «قدر عمق الآبار فی تلک البلاد الّتی حکم بذلک فیها»(۱). و فیه: انه مجرد احتمال فلا عبره به .

و قال أیضا فی المعطن: «و لو کان بقرب المکان الذی یرید الحافر حفر البئر فیه بئر عادیّه محفوره قبل الإسلام و ماؤها نابع یمکن شربه بالنزع له فقد روی عن النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله «حریم البئر إذا کان حفر فی الجاهلیه خمسون ذراعا و إن حفرت فی أوّل الإسلام خمس و عشرون ذراعا»(۲). قلت: الظاهر ان مراده من الجاهلیّه و الإسلام العادیّه و المحدثه, و کأنّه استند إلی خبر وهب المتقدّم و قد عرفت ضعفه .

حریم القناه

و اما خبر عقبه بن خالد، عن الصّادق علیه السّلام: «یکون بین البئرین إن کانت أرضا صلبه خمسمائه ذراع، و ان کانت أرضا رخوه فألف ذراع»(۳) فهو مع ضعفه سندا موافق للمشهور بحمل البئرین علی بئری القانتین بل ذیله بروایه التهذیب قرینه علی هذا الحمل ففیه: «أنّ البئرین یقاسان لیله لیله

۱- النجعه ج۱۰ کتاب احیاء الموات

۲- النجعه ج۱۰ کتاب احیاء الموات

۳- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۵ ص ۲۹۶ باب جامع فی حریم الحقوق

فإن كانت الأخيره أخذت ماء الاولى عوّرت الأخيره، و ان كانت الأولى أخذت ماء الأخيره لم يكن لصاحب الأخيره على الاولى سبيل»(۱).

و روى هذا الذيل الفقيه عن عقبه بن خالد ففيه: «فى رجل أتى جبلا فشقّ منه قناه جرى ماؤها سنه ثمّ إنّ رجلا أتى ذلك الجبل فشقّ منه قناه أخرى فذهبت قناه الآخر بماء قناه الأوّل، قال: يقايسان بحقائب البئر ليله ليله فينظر أيتها أضرّت لصاحبتها فان كانت الأخيره أضرّت بالأولى فليتعوّر، و قضى النّبيّ صلّى اللّه عليه و آله بذلك، و قال: إن كانت الأولى أخذت ماء الأخيره لم يكن لصاحب الأخيره على الاولى سبيل»(۲) و لم يذكر الصدوق سنده اليه فى المشيخه و الظاهر انه اخذه من كتابه و سنده الى كتابه ذكره الشيخ الفهرست فقال: عقبه بن خالد له كتاب. أخبرنا عده من أصحابنا عن محمد بن على بن الحسين عن أبيه و محمد بن الحسن عن سعد بن عبد الله عن محمد بن الحسين عن محمد بن عبد الله بن هلال عن عقبه بن خالد(۳), قلت: و هو من محمد بن الحسين مشترک مع سند الشيخ و الکلینی و لا اشكال فيه الّا من جهه محمد بن عبد الله بن هلال و نفس عقبه فانهما مهملان و يكفى فى الوثوق بالخبر عمل المشهور به و اعتماد الصدوق على كتاب عقبه و اعتماد الكلينى على الخبر .

۱- تهذیب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ۷ ص ۱۴۵ باب ۱۰بیع الماء و المنع منه

۲- من لا يحضره الفقيه ج ۳ ص ۱۰۲ باب حكم الحريم

۳- فهرست الطوسی/باب العين/باب عقبه/۳۳۹

و حريم الحائط مطرح آلاته

(و حريم الحائط مطرح آلاته و حريم الدار مطرح ترابها و ثلوجها و مسلك الدّخول و الخروج فی صوب الباب)

ليس بما قاله نص لكنّه مما يشهد له العرف، نعم يدل على ذلك مع الغاء الخصوصيه معتبر السّكونی عن الصّادق، عن آبائه (عليه السلام) «عن النّبیّ صلّی اللّه عليه و آله قضی فی رجل باع نخله و استثنی نخله، فقضی له بالمدخل إليها و المخرج منها و مدی جرائدها»(۱).

و المرجع فی الأحياء إلی العرف

(و المرجع فی الأحياء إلی العرف كعضد الشجر من الأرض) أی قطعه، و المراد قطع الأشجار النابته بنفسها المانعه من الاستفاده (و قطع المياه الغالبه) المانعه عن الزرع و الغرس (و التحجير بحائط أو مرز) قال الشيخ فی المبسوط: «و أمّا الأحياء للزراعه فهو أن يجمع حولها ترابا و هو الذی يسمّی ميرزا». و فی اللّسان: «و المرز: الحباس الذی يحبس الماء فارسی معرب عن أبی حنيفه و الجمع مروز» (أو مسناه) قال فی المغرب: «المسنّاه ما يبنی للسيل ليرد الماء» و اقتصر الصحاح و القاموس علی أنّ المسنّاه العرم. و فی الأساس «و عقدوا مسنّاه و مسنّيات لحبس الماء» و فی اللّسان «و المسنّاه ضفيره تبنی للسيل لتردّ الماء، سمّيت مسنّاه لأنّ فيها مفاتح للماء

۱- من لا يحضره الفقيه ج ۳ ص۱۰۱ باب حكم الحريم

بقـدر مـا تحتـاج إليه ممّا لا يغلب، مأخوذ من قولك سنّيت الشـى ء و الأمر إذا فتحت وجهه» (و سوق الماء أو اعتياد الغيث لمن أراد الزرع و الغرس)

و الحاصل ان الاحياء عرفا هو إيجاد شى ء فى الأرض يخرجها عن الموات.

(و كالحائط لمن أراد الحظيره، و مع السقف ان أراد البيت)

قـال فى المغرب: الحظر المنع و الحوز و منه حظيره الإبـل و يقال: احتظر إذا اتّخـذ حظيره لنفسه و حظرا لغيره و فى المبسوط: «و أمّا إذا أخذها للحظيره فقدر الإحياء أن يحوطها بحائط من آجر أو لبن أو طين و هو الرّهص أو خشب، و ليس من شرط الحظيره أن يجعل لها سـقفا، و قال: و إحياؤها للـدّار فهى بأن يحوّط عليها حائطا و يسـقف عليه فاذا فعل ذلك فقـد أحياها و ملكها ملكا مستقرا، قال: و تعليق الأبواب فى الدور و الحظيره ليس من شرطه، و فيهم من قال: هو شرط».

حصيله البحث:

حريـم العيـن خمسـمائه ذراع، و حريم بئر النّاضـح سـتّون ذراعـاً و المعطن أربعـون ذراعـاً و حريم القنـاه إن كـانت أرضـا صـلبه فخمسـمائه ذراع، و ان كانت أرضا رخوه فألف ذراع و الاقوى ان هـذه التحديـدات لـدفع ما فيه الإضـرار فيمتد الحريم الى ما لا يضـر الثانى بالأول, و حريم الحائط مطرح آلاته، و الدّار مطرح ترابها و ثلوجها, و مسلك الدّخول و الخروج فى صوب الباب, و المرجع فى الإحياء إلى العرف كعضد الشّجر و قطع المياه

الغالبه و التّحجیر بحائطٍ أو مرزٍ أو مسنّاهٍ، و سوق الماء أو اعتیاد الغیث لمن أراد الزّرع و الغرس، و کالحائط لمن أراد الحظیره، و مع السّقف إن أراد البیت و المعیار هو العرف .

القول فی المشترکات

(القول فی المشترکات) بین النـاس فی الجمله و إن کان بعضـها مختصا بفریق خاص. قیل: و هی أنواع ترجع أصولها إلی ثلاثه: الماء، و المعدن، و المنافع، و المنافع سته: المساجد و المشاهد، و المدارس، و الرباط، و الطرق، و مقاعد الأسواق .

فمنها المسجد

(فمنها المسجد فمن سبق الی مکان منه فهو أولی به)

للمستفیضه کصحیح ابن أبی عمیر، عن بعض أصحابنا، عن الصّادق علیه السّلام: «سوق المسلمین کمسجدهم- یعنی إذا سبق إلی السوق کان له مثل المسجد»(۱) و لا یضر ارساله لان ابن ابی عمیر من اصحاب الاجماع و خبره موجب للوثوق .

ص:۳۱۳

۱- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۵ ص ۱۵۵ باب السبق إلی السوق

و معتبر طلحه بن زيد، عن الصّادق عليه السّلام: «قال أمير المؤمنين عليه السّلام: سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق إلى مكان فهو أحقّ به إلى اللّيل و كان لا يأخذ على بيوت السّوق الكراء»(۱).

و معتبر ابن بزيع، عن بعض أصحابه، عن الصّادق (عليه السلام) «قلت: نكون بمكّه أو بالمدينه أو الحيره أو المواضع الّتى يرجى فيها الفضل فربّما خرج الرجل يتوضّأ فيجى ء آخر فيصير مكانه، قال: من سبق إلى موضع فهو أحقّ به يومه و ليله»(۲).

(فلو فارق بطل حقه الّا أن يكون رحله باقيا و ينوى العود) لانه لا يعد عرفا مفارقا له و قد يستدل عليه بما يلى:

أ- التمسك بالحديث الوارد: «اذا قام الرجل من مجلسه ثم عاد اليه فهو احق به»(۳).

و فيه: انه لم يرد من طرقنا فلا يمكن الاعتماد عليه.

ب- التمسک بمرسل محمد بن اسماعيل بن بزيع المتقدم

۱- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۲ ص ۶۶۲ باب الجلوس

۲- الكافى (ط - الإسلاميه) ج ۴ ص ۵۴۶ باب النوادر

۳- سنن البيهقى ۶: ۱۵۱

و فیه: انه ضعیف سندا بالارسال و دلاله باعتبار ان مضمونه مهجور لدی الاصحاب حیث یلتزمون بدوران الاحقیه مدار شغل المحل و لیس مدار الیوم و اللیله.

ج- التمسک بمعتبر طلحه بن زید عن ابی عبد اللّه علیه السّلام: «قال امیر المؤمنین علیه السّلام: سوق المسلمین کمسجدهم فمن سبق الی مکان فهو احق به الی اللیل ...»(۱).

و فیه: انه من حیث السند و ان امکن الحکم باعتباره- اذ لا مشکله فیه الا من حیث طلحه، و هو و ان لم یوثّق بالخصوص و لکن یکفی لاعتباره تعبیر الشیخ عنه فی الفهرست بان له کتابا معتمدا(۲) الا ان دلالته قابله للتأمل، فان تحدید الفتره ب «الی اللیل» ان کان راجعا الی السوق و المسجد معا فیرده ما تقدم من عدم التزام الاصحاب بتحدید الفتره الی اللیل. و ان کان راجعا الی السوق فقط- باعتبار ان فتره الحاجه الی السوق تتحدد بذلک و یبقی المسجد یدور الامر فیه مدار الحاجه من دون تحدید باللیل- فهذا و ان کان وجیها، و لکنه غیر نافع لان لازمه زوال الحق بانتفاء الحاجه و مفارقه المحل سواء نوی العود أم لا، و سواء أ بقی شیئا من الرحل أم لا.

د- التمسک بصحیحه ابن ابی عمیر المتقدمه. و فیه: ان الدلاله ضعیفه لان المراد منها مردد بین احتمالین، فاما ان یکون المقصود ان سوق المسلمین

۱- وسائل الشیعه ۳: ۵۴۲ الباب ۵۶ من أبواب أحکام المساجد الحدیث ۲

۲- الفهرست: ۸۶ الرقم ۳۶۲

كمسجدهم فى ان من سبق يكون احق من غيره، او يكون المقصود هو احق من غيره ما دام شاغلا للمحل، و كلاهما لا ينفعان, اما الاول فلعدم تحديد مقدار الاحقيه فيه, و اما الثانى فلان لازمه ارتفاع الاحقيه بمفارقه المحل كما تقدم.

نعم يمكن التمسک بسيره العقلاء، فانها منعقده فى الاماكن العامه المشتركه على عدم سقوط الحق بمفارقه المحل بعد ابقاء شى ء من الرحل فيه. و حيث ان السيره المذكوره لم يردع عنها فتكون ممضاه و حجه, لكن لا بدّ ان تكون فتره المفارقه قصيره فان ذلک هو القدر المتيقن من السيره.

واما وضع الرحل قبل دخول وقت الصلاه بقصد الاستفاده من المحل عند دخوله فلا يولّد حقا لصاحب الرحل مع افتراض الفاصل الزمنى المعتد به و ذلک لعدم دلاله دليل عليه. و قد يقال بان عنوان السبق المذكور فى مرسل محمد بن اسماعيل و معتبر طلحه صادق بمجرد وضع الرحل فتثبت الاحقيه بذلک.

و لكن قد تقدمت المناقشه فى دلالتهما معا فلاحظ. هذا اذا كان الفاصل الزمنى طويلا, بل و لو كان قصيرا لعين ما تقدم .

(و لو استبق اثنان و لم يمكن الجمع أقرع)

لان القرعه لكل امر مجهول و يشهد لذلک مع الغاء خصوصيه المورد صحيح عبيد اللّه الحلبىّ، عن الصّادق (عليه السلام) «فى رجل قال: أوّل مملوک

أملكه فهو حرّ، فورث سبعه جميعا، قال: يقرع بينهم و يعتق الذی خرج سهمه»(۱).

و صحيح محمّد بن مسلم سألت أبا جعفر (عليه السلام) «عن رجل يكون له المملوكون فيوصى بعتق ثلثهم، قال: كان علىّ (عليه السلام) يسهم بينهم»(۲).

و من الصحيحين يعلم بطلان القول باختصاص القرعه بما كان مجهولا عندنا معيّنا فی نفس الأمر، فإنّ الصحيحين مختصّان بما هو مجهول فی نفس الأمر.

و منها المدرسه و الرباط

(و منها المدرسه و الرباط فمن سكن بيتا منهما ممّن له السكنى فهو أحق به و ان تطاولت المدّه) لقاعده السبق المتقدمه و هی و ان كان موردها السوق و المسجد لكنها لا اختصاص لها بهما و شامله للمقام ايضا .

(الّا مع مخالفه شرط الواقف) لعموم الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها.

(و له أن يمنع من يشاركه) لما فيها من الضرر (إذا كان المسكن) الذی أقام به معدا (لواحد) فلو أعد لما فوقه لم يكن له منع الزائد عنه إلّا أن يزيد عن النصاب المشروط.

۱- من لا يحضره الفقيه ج ۳ ص ۹۴ باب الحكم بالقرعه

۲- من لا يحضره الفقيه ج ۳ ص ۹۴ باب الحكم بالقرعه

(و لو فارق لغیر عذر بطل حقّه)

لقصور ادله السبق عن شمولها لما بعد المفارقه و خلو المکان الموجب لاستحقاق غیره إشغاله. و مفهوم کلام المصنف أنه لو فارق لعذر لم یسقط حقه مطلقا. و یرده ما تقدم من قصور ادله السبق عن شمولها لما بعد المفارقه و لو لعذر کان .

و منها الطرق

(و منها الطرق و فائدتها الاستطراق و الناس فیها شرع) کما هو مقتضی السیره المستمرّه فی جمیع الأعصار و الأمصار .

(و یمنع من الانتفاع بها فی غیر ذلک مما یفوت به منفعه الماره فلا یجوز الجلوس فیها للبیع و الشراء) لقاعده لا ضرر و لا ضرار الداله علی نفی الحکم الضرری و حرمه الاضرار بالغیر .

(إلّا مع السعه حیث لا ضرر) فالاصل الاباحه .

(فاذا فارق بطل حقّه) لعدم جریان قاعده السبق المتقدمه .

و منها المیاه المباحه

(و منها المیاه المباحه)

ص:۳۱۸

هـذا و لاـ يخفى ان الاشـياء كلها على الاباحه العامه الّا ما خرج بالـدليل كالارض الخراجيه و الانفال كما يسـتفاد ذلك من قوله تعـالى: {خلق لكم مّا فى الأرض جميعاً}(۱) مضافا الى سـيره المتشـرعه، فانها منعقده على تملك الماء و الطيور و الاسـماك و الحيوانات و الاعشاب و ما شاكل ذلك بالحيازه، و لا يحتمل نشوء مثل السـيره المـذكوره عن تهاون و تسامـح، فانها منعقده فى حق جميع المتشرعه، و ذلك يكشف عن وصولها يدا بيد من معدن العصمه و الطهاره.

(فمن سبق الى اغتراف شى ء منها) اى من المياه (فهو اولى به و تملّكه مع نيّه التملّك)

لأن المباح لا يملك إلّا بالإحراز و النيه و لو لم ينو كان كالعابث لا يسـتفيد احرازه أولويه فضلا عن الملكيه, و يكفى الشك فى تحقق الملك بلا نيه التملك و الاصل عدمه .

(و من أجرى منهـا) أى من الميـاه المبـاحه (نهرا) بنيه التملـك (ملـك المـاء المجرى فيه) لوجود المقتضـى من الحيـازه و قصـد التملـك و انتفاء المانع، و قال المصـنف فى الـدروس: يجوز بيع الماء المملوك و إن فضل عن حاجه صاحبه، و لكنه يكره وفاقا للقاضى و الفاضلين. و قال الشيخ فى المبسوط و الخلاف: فى ماء البئر إن فضل عنه شى ء وجب بذله لشرب السابله و

۱- البقره: ۲۹

الماشیه لا لسقی الزرع، و هو قول ابن الجنید لقوله علیه السلام: الناس شرکاء فی ثلاث: الماء و الکلاء و النار(۱).

اقول: ما نقله عن ابن الجنید هو خبر محمّد بن سنانٍ عن أبی الحسن (علیه السلام) قال «سألته عن ماء الوادی فقال إنّ المسلمین شرکاء فی الماء و النّار و الکلإ»(۲) و هو ضعیف سندا و تفرد الشیخ بنقله و محمول علی ما قبل الحیازه و التملک و مثله روی العامه: «عن رجل من المهاجرین من أصحاب رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله و سلم قال: غزوت مع النبیّ (ص) و سلم ثلاثا اسمعه یقول المسلمون شرکاء فی ثلاث فی الکلاء و الماء و النار»(۳).

نعم یکره بیع النطاف و الاربعاء لموثقه ابی بصیر عن ابی عبد اللّه علیه السّلام: «نهی رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله عن النطاف و الاربعاء. قال: و الاربعاء ان یسنی مسناه فیحمل الماء فیسقی به الأرض ثم یستغنی عنه فقال: فلا تبعه و لکن اعره جارک. و النطاف ان یکون له الشرب فیستغنی عنه فیقول: لا تبعه، اعره اخاک او جارک»(۴) و النطاف جمع النطفه و هی الماء الصافی. و الاربعاء جمع الربیع و هو النهر الصغیر الذی یستقی به الأرض و المسناه ما یبنی للسیل لیرد الماء, و دلالتها علی الملکیه واضحه بقرینه الامر بالاعاره .

۱- الدروس الشرعیه ج۳ ص۶۷

۲- من لا یحضره الفقیه ج ۳ ص ۲۳۹ باب بیع الکلإ و الزرع و...

۳- سنن ابی داود السجستانیّ ج ۳ باب فی منع الماء خبر ۴ من کتاب البیوع

۴- وسائل الشیعه ۱۷: ۳۳۳ الباب ۷ من ابواب احیاء الموات الحدیث ۱.

(و من اجرى عينا فكذلك) يملكها مع نيه التملك (و كذا من احتقن شيئا من مياه الغيث أو السيل) يملكه مع نيه التملك (و من حفر بئرا ملك الماء بوصوله اليه) إذا قصد التملك كما تقدم .

(و لو قصد الانتفاع بالماء و المفارقه فهو أولى به ما دام نازلا عليه) لشمول قاعده السبق المتقدمه له .

و منها المعادن

(و منها المعادن) و قد تقدم انها ليست من الانفال الّا ما كان فى مواقع الانفال، و اما تساوى الناس فى المعادن فهو مقتضى الاصل بعد عدم كونها من الانفال.

(فالظاهره) المعدن الظاهر هو الذى لا يحتاج فى ابراز طبيعته و خصائصه المعدنيه الى بذل جهود من دون فرق بين كونه على سطح الارض او فى اعماقها، بخلاف الباطن فانه ما احتاج الى ذلك حتى و لو لم يوجد فى اعماق الارض، كما هو الحال فى الحديد و الذهب و الفضه و نحوها و فى المبسوط «المعادن الظّاهره الماء و القير و النّفط و الموميا و الكبريت و الملح» .

(لا تملك بالاحياء) بل ليس فيها إحياء بعد ظهورها لأن إحياء المعدن إظهاره, و لا نملك نصا شرعيا يدل على ان الحيازه سبب للملك ليتمسك باطلاقه لإثبات تحقق الملكيه حتى للمقدار الزائد عن حاجه الشخص، بل

المدرک هو السیره الممتده الی عصر التشریع حیث کان الفرد یحوز المعدن من دون صدور ردع شرعی عن ذلک، و من الواضح ان ما انعقدت علیه السیره ذلک الحین هو الحیازه فی حدود حاجه الفرد نفسه و لم توجد فی تلک الفتره الاجهزه الحدیثه التی یتمکن الفرد من خلالها من حیازه ما یزید علی حاجته بأضعاف مضاعفه.

و علیه یبقی المقدار الزائد علی الحاجه بلا دلیل یدل علی تملک الحائز له، و من ثم یبقی علی حالته السابقه، و هی کونه من المشترکات العامه .

(و لا یجوز ان یقطعها السلطان العادل)

لاشتراک الناس فیها کما تقدم , نعم یجوز ذلک لامام الاصل (علیه السلام) نظرا إلی عموم ولایته, قال الشیخ فی المبسوط «لیس للسلطان أن یقطع المعدن الظاهر، بل النّاس کلّهم فیه سواء یأخذون منه قدر حاجتهم بل یجب عندنا فیها الخمس، و لا خلاف أنّ ذلک لا یملک» .

(و من سبق إلیها فله أخذ حاجته)

أی أخذ ما شاء و إن زاد عما یحتاج إلیه، لثبوت الأحقیه بالسبق .

(فان توافیا علیها و أمکن القسمه وجب)

لتساویهما فی سبب الاستحقاق، و إمکان الجمع بینهما فیه بالقسمه .

(و الّا أقرع) لان القرعه لکل امر مجهول .

ص:۳۲۲

اقول: و فیه قولان اخران فقال الشیخ فی المبسوط «فان سبق إلیه اثنان أقرع بینهما الإمام و قیل: إنّه یقدم أیّهما شاء، و قیل یقیم الإمام من یأخذه فیقسم بینهما». قلت: و یردهما انه علی الامام رعایه الحکم الاولی و هو القرعه فلا تصل النوبه الی ما فیهما .

(و الباطنه تملک ببلوغ نیلها)

و ذلک هو إحیاؤها قال الشیخ فی المبسوط «و امّا المعادن الباطنه مثل الذهب و الفضّه و النّحاس و الرّصاص و حجاره البرام و غیرها ممّا یکون فی بطون الأرض و الجبال و لا یظهر إلّا بالعمل فیها و المؤونه علیها فهل تملک بالإحیاء قیل: تملک و هو الصحیح عندنا»، و قال: «و إنّ إحیاءه أن یبلغ نیله و ما دون البلوغ فهو تحجیر و لیس بإحیاء فیصیر أولی به مثل الموات».

و قد یشکک بملکیه مجموع المعدن بالاحیاء بانه لو سلمنا بکون ذلک نحوا من الإحیاء و الحیازه لمجموع المعدن الّا انه لا نملک دلیلا یدل علی تحقق ملک مجموع المعدن بهذا النحو من الإحیاء و الحیازه علی ما تقدم توضیحه فی تملک المعادن الظاهره .

و فیه: ان صحیحه محمد بن مسلم عن ابی جعفر علیه السّلام: «سألته عن معادن الذهب و الفضه و الصفر و الحدید و الرصاص فقال: علیها الخمس

ص:۳۲۳

جمیعا»(۱) الداله علی تعلق الخمس بالمعدن عند استخراجه، تدل بالالتزام علی تملک المخرج للباقی مهما بلغ مقداره بعد اخراج الخمس.

لا یقال: ان مثل الصحیحه المذکوره ناظره الی المورد الذی یفترض فیه تملک الشخص للمعدن باستخراجه له، اما ما هو ذلک المورد فلیست ناظره الیه.

فانه یقال: ان السؤال فی الصحیحه وقع عن معادن الذهب و الفضه و الصفر و الحدید و الرصاص و علیه فهی ناظره الیها باجمعها و افتراضها منقسمه الی قسمین قسم افترض فیه تملک الشخص للمعدن و قسم غیره مخالف لظهورها بل لصریحها , مضافا الی ان افتراض قسم یملکه الشخص یناقض دعوی عدم مالکیه المعدن فالمدعی ان المعدن لا یملک فکیف فرض ان قسما منه یملک و هل هذا الّا تناقض .

و من احکام المشترکات

۱- قیل: و لو کان المعدن فی أرض مملوکه فهو بحکمها، و کذا لو أحیا أرضا مواتا فظهر معدن فإنه یملکه و إن کان ظاهرا إلّا أن یکون ظهوره سابقا علی إحیائه و قد یوجّه بانه نماء لها، و نماء المال یتبع اصله فی الملکیه.

۱- وسائل الشیعه ۶: ۳۴۲ الباب ۳ من ابواب ما یجب فیه الخمس الحدیث ۱

و فیـه: ان المقـام لیس مصـداقا للنمـاء و الثمره بـل مصـداق للظرف و المظروف، و واضـح ان ملکیـه الظرف لاـ تلاـزم ملکیه المظروف و علیه فلا یتم هذا القیل الّا اذا انعقد اجماع تعبدی او سـیره عقلائیه علیه و الاول لم یثبت و اما السیره فالمتیقن منها هو انه یمنع غیر المالک من الدخول الی ملک الغیر لا ان مالک الارض مالک لها من دون حیازه و قصد تملک .

۲- و قیـل: من کـان مالکـا لأرض کان مالکا لعین الماء التی یتم کشـفها فیها علی ما هو المعروف وقـد یسـتدل لـذلک بانها من نماءاتها و ان کشف العین نحو حیازه لها، و الحیازه سبب للملکیه.

و فیه: امـا الاـول فقـد تقـدم الجواب عنه و امـا الثانی فیتم لو فرض وجود نص شـرعی یـدل علی ذلک لیتمسک باطلاقه، و لکنه مفقود، و المسـتند لـذلک لیس الّـا السـیره العقلاـئیه، و هی لاـ یمکن التمسک بها فی المقام لعـدم الجزم بانعقاد مثلها فی عصـر الائمه علیهم السّلام.

و مع التنزل و افتراض انعقادها فتاره یفترض انعقادها من المتشرعه بما هم متشرعه، و اخری یفترض انعقادها منهم بما هم عقلاء, و الاـول لاـ یمکن الجزم به, و الثـانی لاـ ینفع لان سـیره العقلاء لا تکون حجه الّا فی فرض الجزم بعـدم الردع عنها لیتحقق العلم بالامضاء، و الجزم المذکور لا یمکن حصوله بعد مثل خبر عقبه بن خالد عن ابی عبد اللّه علیه السّلام: «قضی

رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله بین ... اهل البادیه انه لا یمنع فضل ماء لیمنع فضل کلاء»(۱).

و اذا قیل: انه ضعیف سنداً بعقبه نفسه و بعبد اللّه بن محمد بن هلال فانهما مهملان.

قلنا: ان احتمال صدور الروایه موجود جزما، و معه فکیف یحصل الجزم بعدم صدور الردع؟

و بکلمه اخری: ان احتمال صدور الردع و لو بسبب وجود روایه ضعیفه یکفی لعدم حجیه السیره.

و هذه نکته مهمه فی باب السیره العقلائیه تنبغی مراعاتها.

و الحاصل انه لا دلیل علی تبعیه عین الماء و المعادن و نحوهما للأرض فی الملکیه بل ذلک باق علی الاباحه العامه الّا اذا فرض تصدی مالک الارض نفسه للحفر و التنقیب فان ذلک یولّد له اولویه علی غیره و لکن فی حدود حاجته علی ما تقدم توضیحه سابقا.

ص:۳۲۶

۱- وسائل الشیعه ۱۷: ۳۳۳ الباب ۷ من ابواب احیاء الموات الحدیث ۲؛ و المقصود: لا یمنع الماء الفاضل عن الحاجه الذی یترتب علیه عدم نزول اصحاب المواشی تلک المنطقه و یترتب علی امتناعهم من نزولها المنع من فاضل الکلأ.

ثـم انه لاـ ينبغی ان يفهم من الحكم بعـدم تبعيه العين او المعـدن لصـاحب الاـرض فی الملكيه جـواز دخـول الآـخرين فی تلك الارض لمحاوله التوصل الی ذلك، كلا انه تصـرف فی مال الغير من دون اذنه، و هو لا يجوز، و لكنه لو فرض عصـيان شـخص لذلك و تعديه علی الحق المذكور و دخوله ارض الغير و اسـتخراجه المعدن و نحوه كان ذلك له و احق به من غيره بالرغم من عصيانه فی المقدمه.

بل يمكن تصوير ذلك من دون عصـيان فی المقدمه، كما لو حاول الشخص المذكور الوصول الی المعدن من خلال حفر طريق فی اعماق الارض من ارضه الی ارض الغير المشتمله علی المعدن، انه فی مثل ذلك لا يلزم التصرف فی ملك الغير لان المالك لأرض لا يملكها الی منتهی تخومها و لا الی عنان السـماء- بل الی ما يمكن ان يصل فی تصـرفه اليه مما يعد من حريمها - لعدم قيـام دليـل علی ذلـك بـل الـدليل قائم علی عكسه، و لـذا لا يعـدّ سـير الطائرات فی أجواء السـماء و سـير الحفارات فی الاعماق الساحقه للأرض تصرفا فی املاك الآخرين.

۳- و من حـاز لآـخر تبرعـا او وكـاله عنه فالمال للحائز دون الآخر مع قصـد تملك الحائز و عـدم اعراضه عنه, و ذلك لان دليل تحقق الملكيه بالحيازه ليس الّا السـيره، و هی تقتضـی ملكيه الحائز نفسه دون غيره. و مجرد قصد الحيازه عن الغير لا يجعل الغير حائزا حقيقه ما لم يحوزه الغير بعـد اعراض الحائز له, و كـذلك فی من حاز عن الغير وكاله للنكته المتقـدمه نفسـها، فان الحيازه سبب لملكيه الحائز نفسه دون غيره.

ص:۳۲۷

و اذا قيل: انه بعد افتراض تحقق عقد الوكاله فسوف يصدق على الموكل نفسه عنوان الحائز لان فعل الوكيل ينتسب الى الموكل بسبب عقد الوكاله.

قلنا: ان ما ذكر وجيه فى الامور الاعتباريه - كالبيع و الاجاره و نحوهما- فانه بالتوكيل فيها ينتسب فعل الوكيل الى الموكل فيقال: فلان باع داره، و الحال ان وكيله باعها؛ و اما الامور التكوينيه الخارجه عن دائره الاعتبار فلا يتحقق الانتساب المذكور فيها و لا معنى للوكاله فيها فلا يصح ان يقال لمن وكّل غيره فى الاكل او الشرب عنه: انه اكل او شرب. و حيث ان الحيازه هى من الامور التكوينيه دون الاعتباريه فلا تقبل الوكاله و لا تنتسب حيازه الوكيل الى الموكل.

۴- و اما لو كانت تلك الحيازه باجاره على ان يكون المحاز للمستأجر دون الحائز الاجير كما فى زماننا حيث يستأجر الشخص او الدوله عمالاً للحفر و التنقيب فقد وقع الشك من قبل اعلام المعاصرين باقتضائها لملكيه المستاجر للشك فيما يستدل به و التى هى وجوه و نحن نكتفى بوجه واحد و هو: ان حيازه الاجير ملك للمستأجر بسبب عقد الاجاره، و حيث ان المحاز يعدّ ثمره و نتيجه للحيازه فيلزم تملك المستأجر له فان من يملك الأصل يملك نتائجه.

و اجيب: بان البيضه تعدّ عرفا نماء للدجاجه فالمالك للدجاجه يكون مالكا للبيضه، و هذا بخلافه فى المعدن فانه لا يعدّ عرفا نماء للحيازه الّا بنحو المجاز. و فيه: ان عقد الاجاره وقع على اعطاء و تحويل ما يحوزه الحائز الى المستأجر و هذا الاعطاء له صورتان اما بعد تملك الحائز له و اما قبل

تملکه له ففی الصوره الاولی وقع عقد الاجاره علی تحویل ما ملکه الی المستأجر و هذا لا یکون الا بعد اعراضه عن تملکه و الّا لم یحوله له و لا مانع منه لما تقدم فی کتاب اللقطه من ان الغیر له تملک ما عرض عنه المالک, و الثانیه و قع عقد الاجاره فیها علی تحویل المباح و لا مانع منه, نعم فی الصوره الاولی له ان لا یعرض عما حازه و تملکه و حینئذ سوف لم یفِ بعقد الاجاره.

هذا و حیث یملک المعدن یملک حریمه، و مطرح ترابه، و طریقه، و ما یتوقف علیه عمله إن عمله عنده .

حصیله البحث:

القول فی المشترکات: منها المسجد فمن سبق إلی مکانٍ فهو أولی به، فلو فارق بطل حقّه إلّا أن یکون رحله باقیاً و ینوی العود, و اما وضع الرحل قبل دخول وقت الصلاه بقصد الاستفاده من المحل عند دخوله فلا یولّد حقا لصاحب الرحل، و لو استبق اثنان و لم یمکن الجمع أقرع.

و منها المدرسه و الرّباط فمن سکن بیتاً ممّن له السّکنی فهو أحقّ به و إن تطاولت المدّه إلّا مع مخالفه شرط الواقف و له أن یمنع من یشارکه إذا کان المسکن معداً لواحدٍ و لو فارقه بطل حقّه.

و منهـا الطّرق و فائـدتها الاسـتطراق و النّاس فيها شـرعٌ و يمنع من الانتفاع بها فى غير ذلك ممّا يفوت به منفعه المارّه، فلا يجوز الجلوس للبيع و الشّراء إلّا مع السّعه حيث لا ضرر، فإذا فارق بطل حقّه.

و منهـا الميـاه المبـاحه فمن سـبق إلى اغتراف شـى ءٍ منهـا فهو أولى به و يملكه مع نيّه التّملّك، و يكره بيع النطاف و الاربعاء. و الاربعـاء ان يسـنى مسـناه فيحمـل المـاء فيسـقى به الأـرض ثم يسـتغنى عنه فلا يبيعه و لكن يعيره جارك. و النطاف ان يكون له الشـرب فيسـتغنى عنـه فلاـ يـبيعه و لكـن يعيره اخـاه او جـاره, و مـن أجرى فيهـا نهراً ملـك المـاء المجرى فيه، و من أجرى عيناً فكـذلك و كـذا من احتقن شـيئاً من ميـاه الغيث أو السّـيل، و من حفر بئراً ملـك المـاء بوصوله إليه و لو كـان قصـده الانتفـاع و المفارقه فهو أولى به ما دام نازلًا عليه.

و منها المعادن فالظّاهره لا تملك بالإحياء، و لا يقطعها السّـلطان لاحـد نعم يجوز ذلك لامام الاصل (عليه السـلام) , و من سـبق إليها فله أخذ حاجته فإن توافيا عليها و أمكن القسمه وجب و إلّا أقرع، و الباطنه تملك ببلوغ نيلها .

قيل: و لو كان المعـدن فى أرض مملوكه فهو بحكمها، و كـذا لو أحيا أرضا مواتا فظهر معدن فإنه يملكه و إن كان ظاهرا إلّا أن يكون ظهوره سابقـا على إحيائه و الاقوى عـدم الملكيه من دون حيازه و قصـد تملك, و كـذلك من كان مالكا لأرض لم يكن مالكا لعين الماء التى يتم كشفها فيها من دون

حيازه و قصد تملك , نعم غير المالك لا يجوز له الدخول الى ملك الغير من دون اذن مالك الارض .

و من حاز لآخر تبرعا او وكاله عنه فالمال للحائز دون الآخر مع قصد تملك الحائز و عدم اعراضه عنه, و مجرد قصد الحيازه عن الغير لا يجعل الغير حائزا حقيقه ما لم يحوزه الغير بعد اعراض الحائز له.

و لو كانت تلك الحيازه باجاره على ان يكون المحاز للمستأجر دون الحائز الاجير ملك المستأجر ما حازه الغير بعد تحويله له .

الفهرس

ص:۳۳۲

ص:۳۳۳

ص:۳۳۴

ص:۳۳۵

ص:۳۳۶

ص:۳۳۷

درباره مرکز

بسمه تعالی

هَلْ يَسْتَوِی الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

آیا کسانی که می‌دانند و کسانی که نمی‌دانند یکسانند ؟

سوره زمر/ ۹

مقدمه:

موسسه تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان، از سال ۱۳۸۵ هـ.ش تحت اشراف حضرت آیت الله حاج سید حسن فقیه امامی (قدس سره الشریف)، با فعالیت خالصانه و شبانه روزی گروهی از نخبگان و فرهیختگان حوزه و دانشگاه، فعالیت خود را در زمینه های مذهبی، فرهنگی و علمی آغاز نموده است.

مرامنامه:

موسسه تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان در راستای تسهیل و تسریع دسترسی محققین به آثار و ابزار تحقیقاتی در حوزه علوم اسلامی، و با توجه به تعدد و پراکندگی مراکز فعال در این عرصه و منابع متعدد و صعب الوصول، و با نگاهی صرفا علمی و به دور از تعصبات و جریانات اجتماعی، سیاسی، قومی و فردی، بر مبنای اجرای طرحی در قالب « مدیریت آثار تولید شده و انتشار یافته از سوی تمامی مراکز شیعه» تلاش می نماید تا مجموعه ای غنی و سرشار از کتب و مقالات پژوهشی برای متخصصین، و مطالب و مباحثی راهگشا برای فرهیختگان و عموم طبقات مردمی به زبان های مختلف و با فرمت های گوناگون تولید و در فضای مجازی به صورت رایگان در اختیار علاقمندان قرار دهد.

اهداف:

۱.بسط فرهنگ و معارف ناب ثقلین (کتاب الله و اهل البیت علیهم السلام)

۲.تقویت انگیزه عامه مردم بخصوص جوانان نسبت به بررسی دقیق تر مسائل دینی

۳.جایگزین کردن محتوای سودمند به جای مطالب بی محتوا در تلفن های همراه ، تبلت ها، رایانه ها و ...

۴.سرویس دهی به محققین طلاب و دانشجو

۵.گسترش فرهنگ عمومی مطالعه

۶.زمینه سازی جهت تشویق انتشارات و مؤلفین برای دیجیتالی نمودن آثار خود.

سیاست ها:

۱.عمل بر مبنای مجوز های قانونی

۲.ارتباط با مراکز هم سو

۳.پرهیز از موازی کاری

۴.صرفا ارائه محتوای علمی

۵.ذکر منابع نشر

بدیهی است مسئولیت تمامی آثار به عهده ی نویسنده ی آن می باشد .

فعالیت های موسسه :

۱.چاپ و نشر کتاب، جزوه و ماهنامه

۲.برگزاری مسابقات کتابخوانی

۳.تولید نمایشگاه های مجازی: سه بعدی، پانوراما در اماکن مذهبی، گردشگری و...

۴.تولید انیمیشن، بازی های رایانه ای و ...

۵.ایجاد سایت اینترنتی قائمیه به آدرس: www.ghaemiyeh.com

۶.تولید محصولات نمایشی، سخنرانی و...

۷.راه اندازی و پشتیبانی علمی سامانه پاسخ گویی به سوالات شرعی، اخلاقی و اعتقادی

۸.طراحی سیستم های حسابداری، رسانه ساز، موبایل ساز، سامانه خودکار و دستی بلوتوث، وب کیوسک، SMS و...

۹.برگزاری دوره های آموزشی ویژه عموم (مجازی)

۱۰.برگزاری دوره های تربیت مربی (مجازی)

۱۱. تولید هزاران نرم افزار تحقیقاتی قابل اجرا در انواع رایانه، تبلت، تلفن همراه و... در ۸ فرمت جهانی:

۱.JAVA

۲.ANDROID

۳.EPUB

۴.CHM

۵.PDF

۶.HTML

۷.CHM

۸.GHB

و ۴ عدد مارکت با نام بازار کتاب قائمیه نسخه :

۱.ANDROID

۲.IOS

۳.WINDOWS PHONE

۴.WINDOWS

به سه زبان فارسی ، عربی و انگلیسی و قرار دادن بر روی وب سایت موسسه به صورت رایگان .

درپایان :

از مراکز و نهادهایی همچون دفاتر مراجع معظم تقلید و همچنین سازمان ها، نهادها، انتشارات، موسسات، مؤلفین و همه

بزرگوارانی که ما را در دستیابی به این هدف یاری نموده و یا دیتا های خود را در اختیار ما قرار دادند تقدیر و تشکر می نماییم.

آدرس دفتر مرکزی:

اصفهان -خیابان عبدالرزاق - بازارچه حاج محمد جعفر آباده ای - کوچه شهید محمد حسن توکلی -پلاک ۱۲۹/۳۴- طبقه اول

وب سایت: www.ghbook.ir

ایمیل: Info@ghbook.ir

تلفن دفتر مرکزی: ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵

دفتر تهران: ۸۸۳۱۸۷۲۲ ـ ۰۲۱

بازرگانی و فروش: ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹

امور کاربران: ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹

مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان



برای داشتن کتابخانه های‌تخصصی
دیگر به سایت این مرکز به نشانی
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org



www.Ghaemiyeh.ir
مراجعه و برای سفارش با ما تماس بگیرید.
۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹